

**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**A LEGALIDADE, O MÉRITO E O RECURSO À EQUIDADE NA  
ARBITRAGEM DE ACTOS ADMINISTRATIVOS**

**Mariana Côrte-Real Afonso e Cunha**

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Sob a orientação do Mestre André Salgado de Matos

Mestrado em Direito Forense

Lisboa, 2014



*Aos meus Pais e ao Paulo*

*Ao Professor André Salgado de Matos o meu obrigada,*

*bem como à tia Lena, por toda a ajuda*



## ÍNDICE

Abreviaturas.....	7
Introdução .....	9

### PARTE I

#### **ARBITRAGEM E LEGALIDADE DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

1. A arbitragem da legalidade de actos administrativos no contexto da evolução da arbitragem voluntária no Direito Administrativo .....	11
2. A ausência de objecções de princípio à admissibilidade geral da arbitragem de actos administrativos .....	19

### PARTE II

#### **ARBITRAGEM E MÉRITO DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

1. O controlo do mérito da actuação da Administração.....	23
2. Legalidade e mérito da Administração .....	25
3. A inadmissibilidade do controlo do mérito da actuação da Administração pelos tribunais arbitrais .....	27

### PARTE III

## O RECURSO À EQUIDADE NA ARBITRAGEM DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Arbitragem de actos administrativos e equidade: considerações gerais .....	33
2. A equidade enquanto critério de decisão .....	34
(i). Breve referência histórica .....	34
(ii). Acepções, função e consequências possíveis da equidade na arbitragem de actos administrativos .....	36
3. Equidade: critério de decisão admissível na arbitragem da legalidade de actos administrativos?.....	39
(i). O tribunal arbitral anula um acto administrativo legal por razões de equidade .....	40
(ii). O tribunal arbitral não anula um acto administrativo ilegal por razões de equidade .....	42
(iii). O tribunal arbitral anula um acto administrativo ilegal fora das condições substantivas ou processuais em que tal anulação é legalmente possível .....	43
(iv). O tribunal arbitral anula um acto dentro das condições substantivas em que tal anulação é legalmente possível, mas modifica as consequências legais da invalidade.....	44
4. A inadmissibilidade geral do recurso à equidade na arbitragem de actos administrativos .....	45
Conclusões.....	49
Bibliografia.....	52

## **ABREVIATURAS**

CC	Código Civil
CCP	Código dos Contratos Públicos (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, com alterações)
CPA	Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, com alterações)
CPC	Código de Processo Civil
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos (aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, com alterações)
CRP	Constituição da República Portuguesa de 2 de Abril de 1976
DL	Decreto-Lei
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de Abril, revogado Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro)
NETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro, com alterações)
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, revogada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro)
LPTA	Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho, revogado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro)

NLAV	Nova Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro)
RJEOP	Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas (Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, revogado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro)
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TC	Tribunal Constitucional
TCA	Tribunal Central Administrativo
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia



## INTRODUÇÃO

A arbitragem, apesar de ter surgido como uma forma de resolução de litígios privados, tem vindo a ganhar terreno como meio de resolução de conflitos de Direito Administrativo. Prova disso são os passos que têm vindo a ser dados no sentido da admissibilidade e do alargamento do âmbito da arbitragem à apreciação da legalidade de actos administrativos, domínio que tradicionalmente era da competência exclusiva dos tribunais estaduais.

No momento em que se aguarda pela revisão do contencioso administrativo que está a ser levada a cabo e que se prevê que trará novidades relativamente à arbitragem, cabe fazer um ponto de situação relativamente à admissibilidade da arbitragem de actos administrativos e analisar o caminho que, relativamente a esta matéria, já se percorreu até ao momento e aquele que se espera que venha ainda a ser percorrido.

Propomo-nos, neste trabalho, a fazer uma análise dos problemas da arbitragem administrativa por referência à legalidade administrativa. Começaremos por aferir se o âmbito da arbitragem deve ou não ser alargado à apreciação da legalidade dos actos administrativos. De seguida, consideraremos a legalidade por oposição ao mérito da actuação da administração e analisaremos se e em que medida podem os tribunais arbitrais julgar com fundamento em considerações acerca do mérito dos actos administrativos. Por fim, consideraremos a legalidade por oposição à equidade e analisaremos se e em que medida é que o julgamento de litígios relativos a actos administrativos com recurso à equidade é compatível com os princípios vigentes no nosso ordenamento jurídico.

Tratando-se de um tema que envolve conceitos complexos, com variadíssimas concepções na doutrina, e dados os limites a que estamos sujeitos na presente

dissertação, não nos propomos a fazer uma análise exaustiva desses conceitos, pelo que partiremos de concepções já existentes na doutrina.

## PARTE I

### ARBITRAGEM E LEGALIDADE DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

#### 1. A arbitragem da legalidade de actos administrativos no contexto da evolução da arbitragem voluntária no Direito Administrativo

A arbitragem<sup>1</sup>, figura com antecedentes históricos remotos<sup>2</sup>, é um meio alternativo de resolução de conflitos, que se distingue de outros, como a conciliação e a mediação, por ser uma verdadeira forma de jurisdição privada<sup>3</sup>, no âmbito da qual são produzidas decisões vinculativas<sup>4</sup> e susceptíveis de execução coerciva.

---

<sup>1</sup> O conceito de arbitragem não resulta directamente da lei e tem vindo a ser definido no plano doutrinal. Esta parece ser uma tendência comum nas leis de arbitragem contemporâneas, que, em regra, apenas definem a convenção de arbitragem. Veja-se, designadamente, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 31 e 32 e em *Lei da arbitragem comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 143; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 26; J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 51.

<sup>2</sup> A origem da arbitragem remonta à Antiguidade. O Direito Romano Clássico procurava a articulação entre o recurso à arbitragem e o recurso ao aparelho judicial do Estado, designadamente no que dizia respeito à execução das sentenças. No entanto, apesar de na Europa o recurso à equidade ter ganho uma posição confortável, a partir do século XIX a justiça real foi-se substituindo ao recurso à arbitragem, que passou a ser considerada como uma forma alternativa de resolução de litígios. Com a revolução Francesa, em 1789, a arbitragem ganhou um novo ânimo, que, no entanto, não teve grande duração. Não obstante, a arbitragem voluntária passou a ser regulada em diversas leis de processo civil e, a partir do final do século XIX, início do século XX, começou a ser encarada como um meio “normal” de resolução de litígios, sobretudo no domínio do comércio. Neste sentido, ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Introdução às Práticas Arbitrais*, Estudos publicados pela Associação Portuguesa de Arbitragem, disponível em <<http://arbitragem.pt/estudos/>>, pp. 1 a 3 e JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 135 a 154.

<sup>3</sup> Embora a doutrina se divida quanto à natureza jurisdicional, contratual ou mista da arbitragem, a maioria dos autores defende esta última tese, considerando que a arbitragem tem uma origem contratual, mas desempenha uma função jurisdicional, considerando, como tal, que os dois elementos são indissociáveis. Neste sentido, veja-se MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Resolução Alternativa de Litígios*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 91 e 92. O próprio STJ, num acórdão de 18 de Janeiro de 2000, processo n.º 99A1015, relator Aragão Seia, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>, afirma que a arbitragem voluntária é “contratual na sua origem, privada na sua natureza, jurisprudencial na sua função, pública no seu resultado”.

<sup>4</sup> O acórdão n.º 250/96 do TC, processo n.º 194/92, relatora Maria Fernanda Palma, disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>, julgou que as sentenças dos tribunais arbitrais têm força de caso julgado.

A admissibilidade do recurso aos tribunais arbitrais, enquanto categoria de tribunal com natureza jurisdicional, está constitucionalmente expressa no artigo 209.º, n.º 2 da CRP<sup>5</sup>. Relativamente à consagração na legislação ordinária, o regime da arbitragem voluntária está hoje regulado na NLAV.

A arbitragem surgiu como uma forma de resolução de litígios privados e, apenas no século XIX e meados do século XX, começaram a surgir os primeiros sinais de abertura à arbitragem no âmbito do Direito Administrativo<sup>6</sup>. Não obstante, o princípio era o da não admissibilidade da arbitragem neste domínio. Os obstáculos relativamente à admissibilidade da arbitragem administrativa foram explicados pela doutrina. João Caupers<sup>7</sup>, a este propósito, aponta três obstáculos principais: (i) a indisponibilidade da competência, pois, segundo o autor, a competência não seria um direito subjectivo, mas antes a representação de um interesse público da colectividade, por oposição ao interesse próprio do órgão administrativo, tratando-se, portanto, de verdadeiros poderes funcionais que seriam indisponíveis para a Administração; (ii) a competência exclusiva dos tribunais administrativos que detinham o monopólio do controlo contencioso sobre os actos administrativos; e (iii) a vertente económica do litígio, uma vez que, quando a

<sup>5</sup> A consagração constitucional da arbitragem remonta à Constituição da Monarquia Portuguesa de 1822, na qual se previa a possibilidade de se recorrer à arbitragem, no seu artigo 194.º. Tal referência manteve-se ao longo dos diversos textos constitucionais que se seguiram. No entanto, não foi feita referência expressa a este meio de resolução de conflitos no texto originário da CRP de 1976. A questão, até à entrada em vigor da LAV em 86, encontrava-se regulada apenas no CPC, não havendo, por isso, um fundamento supra-legal que o justificasse. No entanto, com a revisão Constitucional de 1982, a CRP passou, expressamente, a admitir a existência de tribunais arbitrais. Não obstante, o recurso à arbitragem é um procedimento muito antigo, que remonta à Antiguidade, ainda que numa forma muito primitiva. Estima-se que, em Portugal, as primeiras referências documentadas a esta forma de resolução de conflitos remontam ao século XIII, neste sentido veja-se MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Resolução...*, p. 28. Em termos de consagração legal, deu-se um importante passo no século XIX, quando, no primeiro CC Português, de 1876, se reservaram os artigos 44.º a 58.º à regulação do regime da arbitragem. Já no século XX, a questão passou a ser regulada nos Códigos de Processo Civil, nomeadamente no CPC de 1939 e posteriormente no CPC de 1961. Note-se que, nesta altura, Portugal era uma ditadura, pelo que, querendo-se centralizar o poder do Estado, houve uma redução da importância das funções da arbitragem, que se traduziu numa submissão dos tribunais arbitrais aos tribunais estaduais. Foi, no entanto, a partir de 1974 que se iniciou o processo de independência do regime da arbitragem face ao CPC, que culminou com a elaboração do DL 243/84 de 17 de Julho. Este DL foi, no entanto, declarado inconstitucional com força obrigatória geral, pelo acórdão do TC n.º 230/86, de 08 de Julho de 1986, processo n.º 178/84, relator Martins da Fonseca, disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>, devido, nomeadamente, à falta de autorização legislativa da Assembleia da República, necessária para legislar sobre esta matéria. A consagração da arbitragem em lei especial verificou-se com a entrada em vigor da LAV, Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto. A LAV regulou o regime da arbitragem voluntária no nosso ordenamento jurídico até à entrada em vigor da NLAV, aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.

<sup>6</sup> De facto, apesar do princípio geral enunciado, começaram a surgir algumas excepções em diplomas avulsos, nomeadamente, no contrato de empreitada de obras públicas, no Decreto n.º 4076, de 10 de Abril de 1918 e no Regulamento para a Execução e Contabilidade de Obras Públicas, aprovado pelo Decreto n.º 4667 de 14 de Julho de 1918.

<sup>7</sup> JOÃO CAUPERS, “A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 18, Novembro/Dezembro 1999, pp. 5 e 6.

Administração Pública é parte num litígio, há sempre uma dimensão económica envolvida e a lei não autoriza que a Administração assuma obrigações, nomeadamente, a posição de devedor, sem que haja a intervenção de um tribunal. Estas objecções não se aplicavam à arbitragem de conflitos emergentes de relações jurídicas administrativas em matérias de gestão privada, como fossem os relativos aos contratos de direito privado da Administração e à responsabilidade da Administração por actos de gestão privada, cuja resolução era confiada aos tribunais comuns e cuja arbitrabilidade era, portanto, equacionada nos mesmos termos que a dos litígios interprivados.

A partir da década de 50 a concepção dominante sobre esta matéria foi-se alterando. Tendo em conta que não existia nenhuma disposição legal que estabelecesse a admissibilidade geral do recurso à arbitragem nos conflitos jurídico-administrativos, coube à jurisprudência e à doutrina abrir caminho nesse sentido.

De facto, embora o Código Administrativo dispusesse no seu artigo 818.º que a competência contenciosa era de ordem pública, não se alterando nem modificando por arbítrio das partes, o STA proferiu diversos acórdãos, no final dos anos 50 e início dos anos 60, nos quais declarou a validade de cláusulas compromissórias inseridas em contratos administrativos. Considerava o STA que, na falta de disposição legal expressa relativa à admissibilidade da arbitragem, seriam aplicáveis os artigos do CPC que acolhiam, como princípio geral de direito, a admissibilidade das convenções de arbitragem quanto a litígios sobre direitos na disposição das partes. De acordo com o STA, não haveria razão para que a vontade das partes não se pudesse manifestar eficazmente através de convenções de arbitragem, uma vez que as normas reguladoras da competência em razão da matéria dos tribunais administrativos não têm natureza diversa das estabelecidas no CPC para os tribunais comuns. Esta posição foi seguida pela maioria da doutrina<sup>8</sup>. No entanto, houve quem discordasse da argumentação tecida pelo STA, por considerar que, na falta de lei especial que expressamente admitisse as convenções de arbitragem neste domínio, vigoravam imperativamente as normas que estabeleciam a competência dos tribunais administrativos, tendo em conta que esta

---

<sup>8</sup> Veja-se neste sentido, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 6.ª ed., Lisboa, Coimbra Editora, 1963, p. 766 e ainda JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos”, *Estudos Em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, Lex, 1995, p. 235.

competência era de ordem pública, pelo que deveria ser considerada nula qualquer estipulação em contrário<sup>9</sup>.

A partir dos anos 80 houve uma grande evolução na arbitragem administrativa, que teve origem, essencialmente, nas grandes reformas legislativas levadas a cabo no Direito e no Contencioso Administrativo.

Com a primeira reforma do Contencioso Administrativo em Portugal, após a Constituição de 1976, surgiram dois importantes diplomas, o ETAF e a LPTA. Do artigo 3.º da LPTA resultava que a competência dos tribunais administrativos era de ordem pública, de onde a doutrina retirava que a tal competência não podia ser alterada ou modificada mediante a celebração de convenções de arbitragem, salvo excepção legalmente prevista. No entanto, tal excepção constaria precisamente do artigo 2.º n.º 2 do ETAF, que continha, pela primeira vez no nosso ordenamento jurídico, uma norma de carácter geral sobre o recurso à arbitragem para a resolução de litígios jurídico-administrativos. Deste artigo do ETAF resultava, por um lado, a admissão da constituição de tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos, o que, tendo em conta o exposto, não era uma novidade, mas antes uma constatação de algo que já vinha sendo aceite pela doutrina e pela jurisprudência; e, por outro lado, o alargamento da arbitragem ao âmbito da responsabilidade civil da Administração por actos de gestão pública. Nas palavras de Sérvulo Correia, a disposição citada tinha a função: “(...) de norma de habilitação, isto é, uma norma de onde flui directamente a permissão da celebração de convenções de arbitragem (...) respeitantes a litígios emergentes de contratos administrativos”<sup>10</sup>.

Note-se, no entanto, que ficavam excluídos da possibilidade de arbitragem os conflitos relativos aos actos administrativos, no âmbito daquele que ficou tradicionalmente conhecido como o “contencioso administrativo por natureza”<sup>11</sup>. A razão desta exclusão radica no entendimento tradicional de que a Administração, quando exercia poderes de autoridade, era titular de uma situação jurídica indisponível, pelo que não se aceitava o recurso à arbitragem para anulação jurisdicional de um acto administrativo. Já quando não exercesse poderes de autoridade, por exemplo no âmbito

<sup>9</sup> ARMANDO MANUEL DE ALMEIDA MARQUES GUEDES, “Tribunais Arbitrais Administrativos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, N.º 14, Lisboa, 1960, p. 144.

<sup>10</sup> JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A Arbitragem...”, p. 237.

<sup>11</sup> JOÃO CAUPERS, “A arbitragem...”, pp.5 e 6: “o “território” jurídico da arbitragem parece delimitado pelas fronteiras exteriores do acto unilateral e autoritário da administração: no interior deste espaço, a competência dos tribunais administrativos é exclusiva e não pode ser substituída por via arbitral”.

dos contratos administrativos, a Administração exercia uma “margem de livre disposição” que lhe permitia submeter os litígios a arbitragem, derogando-se assim a competência dos tribunais administrativos<sup>12</sup>.

Em 1986, a LAV introduziu na ordem jurídica portuguesa uma disciplina geral autónoma da arbitragem, revogando os artigos do título I do livro IV do CPC que regulavam esta matéria. No âmbito da arbitragem administrativa, o artigo 1.º, n.º 4 da LAV, que versava sobre os requisitos da admissibilidade da celebração de convenções de arbitragem, dispunha que o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público podiam celebrar convenções de arbitragem, se tal fosse autorizado por lei especial ou se as convenções tivessem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado. Esta redacção deu origem a divergências de opinião quanto à sua relação com o artigo 2.º, n.º 2 do ETAF: seria esta norma do ETAF considerada lei especial para efeitos do

---

<sup>12</sup> JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A Arbitragem...”, p. 234: “Naquela parte em que exerce poderes de autoridade – o que normalmente faz através de acto administrativo – a Administração é titular de uma situação jurídica indisponível. Por isso, se não aceita em princípio a admissibilidade de arbitragem para efeito de hipotética anulação jurisdicional de um acto administrativo. No contrato administrativo, a Administração não exerce, porém, na grande maioria dos casos, poderes de autoridade: negocia, exercendo uma margem de livre disposição. Por isso, os litígios de tais contratos podem ser decididos por arbitragem, com derrogação da competência dos tribunais administrativos (...). Assim sucederá pelo menos naqueles casos em que a Administração contraente se não tenha transformado em autoridade decidente através da prática de um acto administrativo destacável ou em que o contrato não seja substitutivo de um acto administrativo vinculado”. Relativamente a esta questão, também escreveu o árbitro colombiano HERNANDO HERRERA MERCADO, “Propuesta de Tipología de los Actos Administrativos a Partir de su Doble Arbitralidad”, *Arbitraje Comercial Internacional*, Legis, disponível: <[http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/P/propuesta\\_de\\_tipologia\\_de\\_los\\_actos\\_administrativos\\_a\\_partir\\_de\\_su\\_doble\\_arbitralidad/propuesta\\_de\\_tipologia\\_de\\_los\\_actos\\_administrativos\\_a\\_partir\\_de\\_su\\_doble\\_arbitralidad.asp?CodSeccion=1](http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/P/propuesta_de_tipologia_de_los_actos_administrativos_a_partir_de_su_doble_arbitralidad/propuesta_de_tipologia_de_los_actos_administrativos_a_partir_de_su_doble_arbitralidad.asp?CodSeccion=1)>: “al respecto se tiene que la jurisprudencia ha manifestado su total reserva en torno a que la validez de los actos administrativos puedan ser objeto de juzgamiento por parte de tribunales de arbitramento, puesto que a su decir, dicho examen corresponde, de manera privativa, a la jurisdicción administrativa. En los siguientes términos la jurisprudencia de la Corte Constitucional consignó al respecto: «Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular». Também em França foi decidida, apenas em 2006, a constituição de um grupo de trabalho para fazer uma reflexão sobre a arbitragem no âmbito do direito público. Ainda assim, desse estudo excluía-se o recurso à arbitragem relativa ao contencioso dos actos administrativos unilaterais. Veja-se o relatório do grupo de trabalho sobre arbitragem, de 13 de Março de 2007, disponível na internet: <[http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/Rapport\\_final.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_final.pdf)>: “Par lettre du 7 avril 2006, le Garde des sceaux a demandé au Vice-président du Conseil d’Etat de constituer un groupe de travail afin qu’une réflexion soit engagée sur les hypothèses et les conditions dans lesquelles les personnes morales de droit public pourraient recourir à l’arbitrage pour le règlement de leurs litiges, à l’exception de ceux relatifs au contentieux des actes administratifs unilatéraux”.

artigo 1.º, n.º 4 da LAV, constituindo, portanto, a concretização da habilitação genérica por ele conferida à Administração para a celebração de convenções de arbitragem dentro das matérias nele previstas? Ou teria o artigo do ETAF perdido a função habilitante que outrora lhe tinha sido conferida? Tanto a doutrina como a jurisprudência portuguesas<sup>13</sup> acolheram a primeira tese, considerando que o ETAF era lei especial face à LAV e dando como adquirida a admissibilidade da arbitragem no domínio dos contratos administrativos.

O CPA, aprovado em 1991, também dispôs em matéria de arbitragem. No artigo 188.º, previa-se a validade da cláusula pela qual se dispusesse que deveriam ser decididas por árbitros as questões que viessem a ser suscitadas entre as partes, no âmbito de um contrato administrativo. Esta norma, ao referir-se apenas a “cláusulas”, parecia aludir apenas à celebração de cláusulas compromissórias e, pelo menos literalmente, deixava de fora os compromissos arbitrais<sup>14</sup>. Suscitava-se, assim, a questão de se saber se, com a entrada em vigor deste artigo, teriam os compromissos arbitrais sido “despromovidos” e excluídos do âmbito da arbitragem administrativa, caso em que o Estado e demais pessoas colectivas estavam autorizados a celebrar cláusulas compromissórias, mas não o estavam para a celebração de compromissos arbitrais<sup>15</sup>. No entanto, parece que não faria sentido dizer-se que o Estado e as demais pessoas colectivas estavam autorizados a celebrar cláusulas compromissórias, mas não o estavam para a celebração de compromissos arbitrais. De facto, tanto o artigo 2.º, n.º 2 do ETAF como o artigo 188.º do CPA constituíam lei especial habilitante para efeitos do art. 1.º, 4 da LAV, pelo que a norma do CPA não terá vindo restringir o âmbito de aplicação do ETAF. Pelo contrário, ambas as normas complementavam-se, pelo que uma não prejudicava a outra, sendo permitido à Administração a celebração tanto de cláusulas compromissórias como de compromissos arbitrais.

---

<sup>13</sup>Neste sentido, ARTUR MAURÍCIO, DIMAS DE LACERDA e SIMÕES REDINHA, *Contencioso Administrativo*, Lisboa, Rei dos Livros, 1985, p. 16, JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A Arbitragem...”, p.237 e RAÚL VENTURA, “Convenção de Arbitragem”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, 1986, p. 314.

<sup>14</sup> Seguindo a distinção da LAV, “a convenção de arbitragem pode ter por objecto um litígio actual, ainda que se encontre afecto a tribunal judicial (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória) ”.

<sup>15</sup>MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A Arbitragem...”, p. 252. Refira-se ainda que o mesmo problema se colocou em diversos ordenamentos jurídicos. Exemplo disso é o caso do Direito Francês, no qual, até 2001, as cláusulas compromissórias eram consideradas nulas, salvo disposição em contrário de lei especial. Apenas a partir de 2001 é que o CC Francês passou a admitir a validade das cláusulas compromissórias nos contratos celebrados por causa de uma actividade profissional, salvo disposição em contrário de lei especial. Neste sentido, veja-se ARMINDO RIBEIRO MENDES, *Introdução...*, p.56.



A grande reforma do Contencioso Administrativo aprovada em 2002 deu origem a dois novos diplomas, o NETAF e o CPTA. Se, por um lado, o NETAF nada diz quanto à admissibilidade dos tribunais arbitrais no domínio do contencioso administrativo, o CPTA dedica os artigos 180.º e seguintes à arbitragem<sup>16</sup>. Em particular, o artigo 180.º do CPTA passou a constituir a lei especial habilitante da arbitragem administrativa exigida pelo artigo 1.º, n.º 4 da LAV.

Do artigo 180.º do CPTA resulta agora, sem prejuízo do disposto em lei especial, uma enumeração das matérias a que se referem os litígios que podem ser dirimidos por tribunais arbitrais. Da redacção actual do artigo 180.º do CPTA, e sem prejuízo do disposto em lei especial, resulta que são arbitráveis: (a) as questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução; (b) as questões de responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efectivação do direito de regresso; (c) as questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva; e (d) os litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional. Excluídos da possibilidade de serem submetidos à arbitragem ficaram os litígios sobre as questões de responsabilidade civil por prejuízos decorrentes do exercício da função política e da legislativa ou da função jurisdicional.

Se é verdade que a possibilidade de recorrer à arbitragem no âmbito das questões relativas a contratos, prevista na 1.ª parte da alínea a) deste artigo 180.º, bem como a possibilidade de arbitrar questões relativas à responsabilidade civil da Administração, prevista na alínea b), já eram anteriormente admitidas, o CPTA introduziu, no entanto, uma novidade importante, admitindo, na previsão das alíneas a) e c) do mesmo artigo, a possibilidade de a arbitragem se estender à apreciação de actos administrativos<sup>17</sup>.

Assim, o CPTA veio admitir que, desde logo, para matérias relativas a contratos administrativos, o tribunal arbitral tenha competência para apreciar a validade e, quando seja caso disso, anular ou declarar a nulidade dos actos administrativos praticados por

---

<sup>16</sup> Apenas em 2008, com o DL n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, é que o artigo 188.º do CPA foi revogado, concentrando-se assim definitivamente a matéria da arbitragem na lei adjectiva.

<sup>17</sup> Note-se, aliás, que os actos de conformação da relação contratual nem sempre foram inequivocamente considerados actos administrativos, tendo a questão ficado definitivamente resolvida com o artigo 307.º, n.º 2 do CCP, que os qualifica expressamente como actos administrativos.

um contraente público<sup>18</sup>, enquanto parte do contrato, relativos à sua execução<sup>19</sup>, o que não era possível anteriormente<sup>20</sup>. Continua, no entanto, à luz do direito constituído, a não se permitir que sejam submetidos a arbitragem os litígios decorrentes de actos administrativos pré-contratuais, já que, nesta fase, em rigor, o contrato não foi ainda celebrado.

Além disto, o CPTA deu ainda outro passo no sentido da admissibilidade da arbitragem de actos administrativos fora do âmbito contratual. Contudo, a alínea c) do artigo 180.º do CPTA apenas previu que possam ser submetidas a arbitragem as questões relativas a actos administrativos passíveis de ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva<sup>21</sup>, previsão que, como veremos mais à frente, não tem sido de fácil compreensão.

Outra novidade introduzida pelo CPTA foi a consagração da possibilidade de se recorrer à arbitragem institucionalizada, uma vez que se autorizou a criação de centros de arbitragem permanentes. Quanto a este último ponto, destaca-se a criação, em 2009, do CAAD - Centro de Arbitragem Administrativa<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Os poderes para a adopção desses actos por parte dos contraentes públicos decorrem directamente dos artigos 302.º, 307.º, n.º 2 e 309.º do CCP.

<sup>19</sup> Admitindo-se, assim, que, à semelhança do disposto no artigo 47.º, n.º 2, alínea d) do CPTA, possa ser cumulada a impugnação de actos administrativos relativos à execução de contratos com outros pedidos relacionados com esses mesmos contratos e, inclusive, com a sua execução. Esta solução de abrir o âmbito da arbitragem aos actos administrativos relativos à execução de contratos, além de relevância teórica relativamente à temática da arbitragem de actos administrativos, tem ainda relevância prática, atendendo desde logo à celeridade processual. No âmbito dos contratos, a celeridade é um factor extremamente importante, pelo que, se uma questão sobre a execução de um contrato que envolvesse a apreciação de um acto administrativo tivesse de depender da decisão de um tribunal estadual, decerto que a questão não ficaria resolvida com a rapidez que provavelmente seria conseguida mediante o recurso a um tribunal arbitral.

<sup>20</sup> Ainda que alguma doutrina já considerasse que os tribunais arbitrais tinham competência para aferir de forma incidental da validade dos actos administrativos para efeitos indemnizatórios, tal ainda assim não se compara com o alcance de poderes que esta alínea a) atribui aos tribunais arbitrais. Neste sentido, veja-se MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A Arbitragem...”, p. 233 e JOÃO CAUPERS, “A arbitragem...”, pp. 5 e 6.

<sup>21</sup> JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 7ª ed., Lisboa, Âncora Editora, 2003, p. 199: “a revogação é um acto administrativo que visa destruir ou fazer cessar os efeitos de um acto anterior”. Sobre a revogação dos actos administrativos veja-se: DIOGO FREITAS DO AMARAL, JOÃO CAUPERS, JOÃO MARTINS CLARO, JOÃO RAPOSO, MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, PEDRO SIZA VIEIRA e VASCO PEREIRA DA SILVA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, pp. 250 a 264, comentário ao artigo 138.º e seguintes e MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª ed., Lisboa, Dom Quixote, 2009, pp. 198 a 208.

<sup>22</sup> A criação deste centro de arbitragem foi autorizada mediante o Despacho n.º 5097/2009, do Secretário de Estado da Justiça (DR, 2.ª Série, de 12 de Fevereiro de 2009). O Estado pode, nos termos da lei, autorizar a instalação de centros de arbitragem permanentes destinados à composição de litígios no âmbito dos contratos; da responsabilidade civil da Administração; das relações jurídicas de emprego público; dos sistemas públicos de protecção social; e do urbanismo.

Em 2011 entrou em vigor a NLAV. O n.º 5 do artigo 1.º da NLAV continuou a prever a possibilidade de o Estado e as demais pessoas colectivas públicas poderem celebrar convenções de arbitragem, desde que para tal estejam autorizadas por lei ou se os litígios tiverem por objecto relações de direito privado.

## **2. A ausência de objecções de princípio à admissibilidade geral da arbitragem de actos administrativos**

Como se viu, a apreciação de questões relativas a actos administrativos era uma prerrogativa que tradicionalmente estava reservada aos tribunais estaduais, tendo-se vindo a percorrer um caminho no sentido da admissibilidade geral da arbitragem de actos administrativos. A revisão do CPTA em curso, a ser aprovada nos termos que têm sido equacionados, concluirá aquele percurso.

De facto, prevê o artigo 180.º da proposta de alteração ao CPTA que pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento (i) de questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação da validade de actos administrativos relativos à respectiva formação e execução e (ii) de questões respeitantes à validade de actos administrativos. Com esta alteração, admite-se que passarão a poder ser submetidos à arbitragem litígios que envolvam a apreciação da validade de actos administrativos relativos à formação dos contratos, quando, antes, apenas se previa a apreciação da validade de actos relativos à execução dos mesmos. E, fora do âmbito contratual, passará a prever-se em geral que possa ser constituído tribunal arbitral para apreciar a validade de actos administrativos<sup>23</sup>. Deste modo, o âmbito da jurisdição arbitral quanto ao julgamento de questões relativas à validade de actos administrativos passa a ficar equiparado ao âmbito da jurisdição dos tribunais estaduais<sup>24</sup>.

Vislumbram-se algumas razões que podem justificar a solução adoptada pelo legislador.

---

<sup>23</sup>Neste sentido, FRANCO GAETANO SOCCA, “La capacita della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri”, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milão, EGEA, 1991, pp. 107 e 108, afirmava que “não existe nenhuma razão teórica que impeça os árbitros de conhecerem da legalidade de um acto administrativo”.

<sup>24</sup>O anteprojecto de revisão do CPTA contempla ainda um alargamento da admissibilidade da arbitragem na matéria relativa aos contratos, incluindo agora a apreciação da validade de actos administrativos relativos à sua formação. Esta inovação fica, no entanto, consumida pela introdução da arbitralidade geral das questões relativas à legalidade de actos administrativos.

A primeira razão prende-se com a consagração, expressa no artigo 209.º, n.º 2 da CRP, da natureza jurisdicional dos tribunais arbitrais, que exercem uma verdadeira forma de jurisdição, ainda que privada.

Importa, portanto, ultrapassar a ideia, que ainda está, para alguns, presente, de que os tribunais arbitrais “não são verdadeiros tribunais”, mas apenas um meio de encontrar soluções intermédias ou salomónicas, em que nenhuma das partes sai verdadeiramente e na totalidade vencedora ou vencida<sup>25</sup>. Os tribunais arbitrais são, portanto, verdadeiros tribunais<sup>26</sup>. Ora, a restrição da competência dos tribunais arbitrais para a apreciação de actos administrativos não é coerente com este estatuto.

A segunda razão relaciona-se com os termos em que o tribunal arbitral aprecia a legalidade administrativa.

Assim, desde logo, a apreciação que o tribunal arbitral faz, a título principal, da validade dos actos administrativos no âmbito contratual, já pacificamente admitida, é em tudo semelhante à que teria de fazer na apreciação da validade dos demais actos

---

<sup>25</sup> Ainda que tal ideia de procura de consenso possa ser psicologicamente determinante do recurso à arbitragem, na medida em que esta seja vista como menos lesiva para as partes e também, em certa medida, “desresponsabilizante” para os seus intervenientes, ela é perigosa no direito administrativo e, em particular, no domínio da legalidade de actos administrativos. A nosso ver, no Direito Administrativo, porque está em causa a intervenção da Administração Pública, democraticamente legitimada pela sua tarefa de implementação da lei, impõe-se assegurar um rigor na decisão igual àquele que é exigido aos tribunais estaduais. Isto não significa que o mesmo rigor não seja de exigir noutros ramos do direito em que seja possível recorrer à arbitragem, mas não poderemos esquecer que, mormente no direito privado, no qual vigora o princípio da autonomia privada e a maioria das normas legais vigentes têm carácter supletivo, os princípios vigentes poderão permitir, à partida, que as partes disponham do processo com uma liberdade diferente. Por isto, será importante e necessário que o processo arbitral evolua de modo a adequar-se mais às especificidades do Direito Administrativo, nomeadamente impondo-se a publicidade das sentenças (aspecto que tem especial relevância no direito público, no qual vigoram princípios gerais de publicidade e de transparência da Administração). Neste sentido, o anteproyecto de revisão do CPTA contém um novo artigo 186.º-A, que introduz a obrigatoriedade da publicidade das decisões arbitrais (“As decisões proferidas por tribunais arbitrais transitadas em julgado são obrigatoriamente publicadas por via informática, em base de dados organizada pelo Ministério da Justiça”). No sentido da necessidade de adaptação da arbitragem às especificidades do Direito Administrativo veja-se Víctor Escartín Escudé, “El Arbitraje Y Otros Medios Alternativos De Resolución De Conflictos En El Derecho Administrativo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N.º 39-40, Zaragoza, 2012, pp. 158 e 159: “Debe valorarse, en definitiva, la posibilidad de otorgarle una caracterización propia de arbitraje administrativo que resulte válida y útil para las características y garantías que se exigen en esta rama del Derecho, de forma que este arbitraje administrativo se erija como una solución alternativa fiable al sistema de garantías tradicional que permita alcanzar unas mayores cuotas de eficacia, agilidad y justicia de los procedimientos de impugnación de la actividad administrativa”.

<sup>26</sup> Com especial relevância, veja-se o acórdão do TJUE de 12 de Junho (acórdão *Ascendi*), processo n.º 377/13, disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/>>, no qual o TJUE se pronunciou favoravelmente à admissibilidade dos pedidos de reenvio prejudicial submetidos pelo tribunal arbitral tributário. Nos termos do artigo 19.º, n.º 3, b) do TUE, os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros podem interrogar o TJUE sobre a interpretação ou a validade do direito europeu num processo em curso no respectivo Estado-Membro. Ao admitir os pedidos de reenvio prejudicial submetidos pelo tribunal arbitral, o TJUE considerou o tribunal arbitral como um “órgão jurisdicional”.

administrativos. Além disto, e como vimos, podem ser objecto de decisões arbitrais questões de validade de contratos administrativos<sup>27</sup>. Ora, entre estes, incluem-se contratos administrativos com objecto passível de acto administrativo e, mesmo, contratos substitutivos de actos administrativos. Nestes casos, a invalidade do contrato “decorre das causas susceptíveis de gerar a invalidade daquele acto”<sup>28</sup>, pelo que há uma equiparação das invalidades do contrato celebrado em alternativa ao acto administrativo ou em sua substituição com esse acto, uma vez que o seu objecto seria exactamente o mesmo. Tal é confirmado pelo regime da invalidade deste tipo de contratos, previsto no artigo 185.º, n.º 3, alínea a) do CPA, segundo o qual a invalidade se apura da mesma forma que a invalidade dos actos administrativos. Nestes termos, um tribunal arbitral apreciaria a legalidade administrativa quanto a qualquer acto administrativo da mesma forma que o faz no âmbito contratual.

Acresce que, a legalidade administrativa acaba por ser apreciada nos mesmos termos pelo tribunal arbitral e pelo tribunal estadual. A única diferença é a de que o tribunal arbitral vê a sua competência restringida aos contratos, ainda que, na prática, a actuação dos tribunais e as questões a apreciar sejam idênticas. Tal como afirma José Luís Esquível, “(...) parece, pois, resultar que quando as partes de um contrato com objecto passível de acto administrativo submetem a apreciação da validade daquele contrato ao tribunal arbitral, este pronunciar-se-á, relativamente às matérias de invalidade, que o legislador remete para o regime previsto para o acto administrativo a esse respeito, em termos em tudo semelhantes àqueles que os tribunais da jurisdição pública realizam quando são chamados a apreciar a invalidade do acto administrativo”<sup>29</sup>.

Ora, se os tribunais arbitrais, por um lado, no âmbito dos litígios relativos a contratos, já fazem uma apreciação da legalidade administrativa exactamente da mesma forma que lhes seria exigida no julgamento da invalidade de qualquer acto administrativo e se, por outro lado, a sua forma de actuar neste domínio é em tudo semelhante à dos tribunais estaduais, não nos parece que se justifique a restrição da sua competência para a apreciação de actos administrativos fora do âmbito contratual. Tal

---

<sup>27</sup> Na visão tradicional, as questões de validade originária, aquelas cujos vícios decorrem do próprio contrato, podem ser submetidas a juízo arbitral. Neste sentido, JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos...*, p. 205.

<sup>28</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1998, p. 847.

<sup>29</sup> JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos...*, p. 208.

restrição parece-nos, pois, um resquício da ideia tradicional do monopólio dos tribunais administrativos no que diz respeito ao controlo contencioso dos actos unilaterais e autoritários da Administração, sendo o facto de só agora se perspectivar a sua ultrapassagem uma consequência da evolução histórica do Direito Administrativo<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Atente-se nas palavras de IGNACIO GRANADO HJELMO, “El Arbitraje En Derecho Administrativo: Algunas Reflexiones Sobre Su Fundamentación”, *Revista Jurídica de Navarra*, N.º 39, Janeiro - Junho de 2005, p. 50: “Este arbitraje (...) es precisamente el que era reputado con enorme disfavor por la mentalidad del régimen administratif surgido de la Revolución francesa y expandido en toda la Europa Continental y a cuantos países alcanzó la influencia napoleónica. (...) Si a esto se añade la idea de que los actos administrativos encierran siempre una dimensión de interés público (sea por razón del sujeto que los emana investido de facultades de imperium, sea por razón del objeto público al que se refieren, sea por razón de la finalidad última que persiguen), se entiende perfectamente el disfavor con que la tradición continental ha contemplado la posibilidad someter los conflictos administrativos a una instancia arbitral ajena, como la que representa el arbitraje privado”.

## PARTE II

### ARBITRAGEM E MÉRITO DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

#### 1. O controlo do mérito da actuação da Administração

Tomada posição relativamente à admissibilidade geral da arbitragem de actos administrativos, levanta-se a questão de saber em que extensão e com que parâmetros pode um tribunal arbitral apreciar a actuação da Administração.

Da alínea c) do artigo 180.º da proposta de alteração ao CPTA resulta que pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de questões respeitantes à *validade* de actos administrativos. No entanto, esta alínea dispõe actualmente que podem ser submetidas a arbitragem “as questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva”. Com fundamento nesta alínea, a doutrina maioritária tem entendido que, pelo contrário, são arbitráveis apenas os litígios resultantes de actos administrativos que possam ser revogados apenas por razões de oportunidade ou mérito<sup>31</sup>. Segundo esta doutrina, seriam arbitráveis as matérias que se encontravam na disponibilidade da Administração<sup>32</sup>, fosse porque, não dizendo respeito ao exercício de poderes públicos,

---

<sup>31</sup> Também neste sentido, em Espanha, veja-se JUAN ROSA MORENO, *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 78: “no obstante, que este principio de libre disposición se halla sometido al preponderante principio de legalidad que rige la actuación administrativa, de forma que sólo en los ámbitos materiales de libre disposición de que dispongan las Administraciones, que serán aquellos que determinen las leyes, podrá operar legítimamente la técnica arbitral”.

<sup>32</sup> Considerava-se que as questões que envolvessem o exercício de poderes de autoridade da Administração não podiam ser submetidas à arbitragem, por não estarem na disponibilidade da Administração para o efeito. Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.ª ed. revista, Coimbra, Almedina, 2007, p. 1007: Em comentário ao artigo 180.º, os autores referiam, em 2007, sobre a disponibilidade de direitos que “A disponibilidade dos direitos é, pois, assumida como um pressuposto necessário para que os respectivos titulares possam subtrair a sua apreciação aos tribunais estaduais, optando por atribuí-la a árbitros por si próprios escolhidos. Ora a transposição deste raciocínio para o âmbito das relações jurídico-administrativas fazia com que a celebração de convenções de arbitragem fosse tradicionalmente excluída no âmbito das questões relacionadas com o contencioso da legalidade das

não tinham de ser dirimidas por estrita aplicação da lei, ou porque, dizendo respeito ao exercício desses poderes, a Administração não estava vinculada, pelo que beneficiaria de margem de livre decisão e, consequentemente, tais poderes poderiam considerar-se na sua disponibilidade. Estes autores justificam assim que um tribunal arbitral possa julgar do mérito da actuação da Administração recorrendo ao já aludido critério da disponibilidade dos direitos<sup>33</sup>. Neste sentido, a Administração, uma vez que actua dentro de um espaço de liberdade, a margem de livre decisão, poderia dispor dos poderes que a lei lhe conferiu e atribuí-la a um tribunal arbitral<sup>34</sup>. Neste sentido, refere Cabral de Moncada que o acto administrativo “(...) deve poder ser revogado sem fundamento na sua invalidade ou seja, apenas com fundamento em mérito, o que inculca a contrario a ideia segundo a qual se o acto é revogável com base no mérito é porque é disponível para a Administração e, portanto, arbitrável”<sup>35</sup>.

Neste capítulo, iremos, pois, analisar se se poderá, à luz dos princípios de Direito Administrativo, admitir que um tribunal arbitral se pronuncie sobre o mérito dos actos administrativos. Para tal, começaremos por fazer uma breve referência aos principais conceitos que constituem pressuposto da resolução da questão abordada neste capítulo. Esta é uma matéria complexa e na qual existem diferentes concepções doutrinárias. Não nos propomos a discuti-las, mas tão só a enunciar os conceitos que nos permitam avançar para a questão aqui em estudo.

---

decisões administrativas. Na verdade, considerava-se que essas questões não estavam na disponibilidade da Administração, para o efeito de lhe ser consentido subtraí-las à apreciação dos tribunais estaduais, para remeter a sua apreciação para árbitros por si de algum modo designados (...)”. Também sobre a disponibilidade dos direitos veja-se DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Lisboa, Almedina, 2001, p. 656; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A Arbitragem...”, p. 233.

<sup>33</sup> Critério que era utilizado na LAV para aferir da arbitrabilidade dos litígios e que foi abandonado na NLAV, como se referirá *infra*.

<sup>34</sup> Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, p. 1010: “A solução parece assentar no entendimento de que os actos administrativos que, nos termos da lei, podem ser revogados sem fundamento em invalidade são *actos disponíveis*, no sentido em que a lei não exige a demonstração da respectiva invalidade para que a Administração os possa retirar da ordem jurídica, pelo que os litígios que se constituam em torno desses actos, como não dizem respeito a matéria indisponível, podem ser submetidos a arbitragem. (...). À partida, «as questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade», a que o preceito se refere, parecem dizer respeito a litígios centrados na questão de saber se um determinado acto administrativo deve ser revogado por razões de mérito, conveniência ou oportunidade e, porventura, de determinar os termos em que essa revogação deve ser decretada (...)”.

<sup>35</sup> LUÍS CABRAL DE MONCADA, “A Arbitragem no Direito Administrativo; Uma Justiça Alternativa”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano.VII, Nº especial, 2010, p. 9. Também neste sentido, JOÃO CAUPERS, “A arbitragem...”, p. 8 e ALEXANDRA L. R. FERNANDES LEITÃO, *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 401.



## 2. Legalidade e mérito da Administração

O Direito Administrativo caracteriza-se como “intencionalmente lacunar e aberto”<sup>36</sup>, o que significa que, sendo impossível configurar todas as situações no caso concreto, tendo em conta as várias *nuances* e variações da prossecução do interesse público, a lei deixa um espaço de liberdade à Administração para que esta possa, no caso concreto, fixar os pressupostos ou os efeitos da sua actuação, tendo em conta a prossecução do interesse público. De todo o modo, apesar da liberdade de actuação que é conferida à Administração pela lei, a Administração encontra-se limitada pelos princípios e pelas regras jurídicas vigentes.

Assim, Freitas do Amaral aponta, como as duas formas típicas de actuação da Administração, a vinculação e a discricionariedade<sup>37</sup>. No campo da vinculação, a actuação da Administração está “vinculada” à lei, uma vez que esta fixa o exacto comportamento a adoptar pela Administração, o momento da actuação, a medida a tomar e a forma de actuar. Por sua vez, no campo da discricionariedade, esta confere à Administração um “momento criativo que, embora regido por alguns princípios (vinculação ao fim, imparcialidade e proporcionalidade), configura o exercício de um poder próprio de determinação daquilo que em cada momento, nos casos concretos, é melhor para a satisfação dos interesses públicos abstractamente enunciados na lei”<sup>38</sup>. Porventura, este espaço de liberdade de actuação da Administração é melhor definido como “margem de livre decisão administrativa”, que consiste “num espaço de liberdade de actuação administrativa conferido por lei e limitado pelo bloco de legalidade (...)”<sup>39</sup>. Nestes termos, a norma habilitante do exercício do poder administrativo é aberta para que a Administração possa adequar a actuação administrativa ao caso concreto, exercendo assim o seu poder de forma mais justa e conformada<sup>40</sup>. A margem de livre

<sup>36</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Dom Quixote, 2008, p. 60.

<sup>37</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, pp. 73 a 105.

<sup>38</sup> JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 488.

<sup>39</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*, p. 183 e JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas: as afinidades e os seus limites”, *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Telles*, vol. I, Lisboa, 2012, p. 385.

<sup>40</sup> A base jurídica da margem de livre decisão é, pois, a lei. Por sua vez, a sua *ratio* é, por um lado, a adaptação, pela Administração, das normas gerais e abstractas aos casos concretos, uma vez que é impossível que o legislador preveja todas situações e especificidades do caso concreto, tendo em vista a melhor prossecução do interesse público e também para fazer face às evoluções tecnológicas, económicas, sociais e culturais. Por outro lado, a margem de livre decisão é uma consequência do

decisão pode dizer respeito a qualquer forma de actuação da Administração: regulamentos, planos administrativos, actos administrativos, contratos administrativos e actos materiais<sup>41</sup>.

O conceito de margem de livre decisão abrange duas realidades distintas: a discricionariedade propriamente dita e a margem de livre apreciação. Apesar de os dois conceitos terem fundamentos e consequências semelhantes, existem diferenças entre ambos. A discricionariedade é um espaço de liberdade da Administração, na medida em que a sua actuação poderá variar entre as diversas opções juridicamente admissíveis, detendo assim a Administração a liberdade para a escolha das consequências jurídicas associadas a determinada previsão normativa. A discricionariedade pode, segundo Sêrvulo Correia, consistir numa “discricionariedade de decisão”, segundo a qual a Administração tem o poder de decidir sobre a produção ou não de certos efeitos que a norma jurídica prevê mas não impõe, ou numa “discricionariedade de escolha”, seja ela “discricionariedade optativa”, se a Administração puder optar por uma das diferentes condutas previstas na lei, ou “discricionariedade criativa”, se o legislador apenas estabelecer “um número mínimo de identificador do género de medida, deixando ao executor a invenção do conteúdo completo do acto<sup>42</sup>”. Por sua vez, a margem de livre apreciação não corresponde a uma liberdade da Administração de escolha entre várias opções de actuação, mas antes a uma liberdade “na apreciação de situações de facto que dizem respeito aos pressupostos das suas decisões<sup>43</sup>”. Como tal, enquanto a discricionariedade diz respeito essencialmente à abertura da estatuição normativa, a margem de livre apreciação diz principalmente respeito à abertura da sua previsão<sup>44</sup>.

A actuação da Administração está, no entanto, delimitada pelos limites da margem de livre decisão. Nestes termos, cumpre analisar que limites são esses. Seguindo ainda os ensinamentos de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de

---

princípio da separação de poderes, na medida em que as funções do Estado devem estar distribuídas pelos seus órgãos: MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*, pp. 185 e 186.

<sup>41</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*, p. 183.

<sup>42</sup> JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, p. 479.

<sup>43</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*, p. 187.

<sup>44</sup> Tal não significa, no entanto, que, na discricionariedade, a abertura da estatuição não tenha como consequência uma certa abertura da previsão. Neste sentido, veja-se MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*, p. 188: “como demonstrou Walter Schmidt (...) a abertura da estatuição das normas implica sempre uma correspondente abertura da sua previsão, na medida em que se revela a indeterminação dos critérios de decisão. Perante uma liberdade de escolha de alternativas de comportamento, o decisor administrativo terá assim, a partir do caso decidendo, que eleger critérios de actuação, que não são mais do que elementos da sua previsão”.

Matos<sup>45</sup>, a margem de livre decisão é limitada pelas “vinculações legais” estabelecidas pelas normas que imponham requisitos de legalidade à actuação da Administração, sejam as próprias normas que lhe conferem a margem de livre decisão ou outras que também sejam aplicáveis, por serem com elas conexas e que digam respeito a requisitos de legalidade específicos de determinada conduta administrativa. As quatro vinculações permanentes da margem de livre decisão são: o fim a prosseguir com a conduta; a competência subjectiva para a adopção da conduta; a vontade, no sentido em que o acto não pode ser praticado com um vício de vontade; e a própria existência da margem de livre decisão, por força do princípio da preferência de lei. Apesar destes requisitos, que têm de ser sempre respeitados pela Administração na sua actuação, sob pena de praticar um acto ilegal, as normas poderão ainda prever outros elementos que vinculem a actuação da Administração, nomeadamente quanto ao conteúdo, ao objecto, à forma e às formalidades dessa actuação. Por outro lado, a Administração está ainda vinculada aos “limites imanentes da margem de livre decisão”, que decorrem de normas que incidem, no geral, sobre o exercício da margem de livre decisão. Trata-se dos princípios da actividade administrativa previstos no n.º 1 e 2 do artigo 266.º da CRP<sup>46</sup> e nos artigos 4.º, 6.º, 6.º-A, 9.º e 11.º do CPA, da prossecução do interesse público; da protecção das posições jurídicas subjectivas dos particulares; da proporcionalidade; da imparcialidade; da boa fé; da igualdade; da justiça; da decisão; e da gratuidade. Isto implica uma distinção entre a esfera da legalidade e a esfera do mérito, compreendendo a oportunidade e a conveniência da actuação administrativa, sendo que, na última, se pode considerar que a actuação administrativa prosseguiu melhor ou pior o interesse público, mas não se pode considerar que é ilegal<sup>47</sup>.

### **3. A inadmissibilidade do controlo do mérito da actuação da Administração pelos tribunais arbitrais**

Cumpra agora analisar se, de facto, se pode admitir que um tribunal arbitral aprecie e se pronuncie sobre o mérito da actuação da Administração.

---

<sup>45</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*, pp. 202 a 204.

<sup>46</sup> Sobre este artigo, veja-se Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4.ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 791 e seguintes.

<sup>47</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*, p. 185.

Não nos parece que se possa argumentar no sentido de que a Administração pode dispor da sua margem de livre decisão em favor de um tribunal arbitral, podendo este agir dentro da margem de discricionariedade da Administração, substituindo-se a ela. Além disso, tal possibilidade teria como consequência uma actuação inconstitucional e ilegal do tribunal arbitral, traduzida na violação do princípio da separação de poderes. Analisemos estes aspectos separadamente.

O argumento, segundo o qual a possibilidade de apreciação do mérito dos actos administrativos deve ser admitida no domínio da arbitragem por uma analogia com a disponibilidade dos direitos no âmbito da arbitragem interprivada, não pode ser aceite.

Tendo a arbitragem surgido e evoluído originalmente no seio do direito privado, foram transportadas algumas concepções de direito privado para a arbitragem administrativa, sendo que a ideia da disponibilidade dos direitos, enquanto relacionada com a ideia de autonomia privada, foi uma delas. No entanto, enquanto, no direito privado, as partes actuam num plano de liberdade, cujos limites são apenas os efeitos normativamente proibidos, a actuação da Administração está subordinada ao princípio da legalidade, nos termos do qual esta só pode fazer aquilo que lhe seja normativamente permitido para a prossecução do interesse público<sup>48</sup>. Não pode, pois, dizer-se, salvo melhor opinião, que a Administração pode dispor da sua margem de livre decisão. Neste sentido, veja-se Mário Aroso de Almeida quando refere que “quando uma entidade pública invista árbitros no poder de apreciar actos administrativos por si praticados, ela não está a delegar neles os poderes de disposição que a lei lhe confira em relação a esses actos, mas, muito diferentemente, está a *constituir um tribunal*, que em substituição dos tribunais estaduais, irá exercer a função jurisdicional em relação a esses actos”<sup>49</sup>.

Além do mais, mesmo na arbitragem interprivada, o critério da disponibilidade dos direitos, enquanto critério de delimitação dos litígios arbitráveis, foi abandonado

---

<sup>48</sup> MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2012, p. 16: “Com efeito, a funcionalização das entidades públicas à prossecução do interesse público e a sua vinculação à lei ou aos termos dos contratos que tenham celebrado impedem que qualquer conduta da Administração possa ser objecto de um livre arbítrio comparável àquele que, no âmbito da sua autonomia privada, os particulares exercem quando dispõem de direitos que a lei não os qualifique como indisponíveis”.

<sup>49</sup> MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Sobre o âmbito...”, p. 20. Igualmente neste sentido, RAÚL VENTURA, “Convenção...”, p. 321; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “A Arbitragem...”, pp. 234 e 235, nota 10; ALEXANDRA L. R. FERNANDES LEITÃO, *A Protecção Judicial...*, p. 402; e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 35 e 36.

pela NLAV<sup>50</sup>. Tal justificou-se, nomeadamente, para evitar as dificuldades de qualificação dos direitos como disponíveis ou indisponíveis e porque “não existe qualquer relação necessária entre a disponibilidade de um direito subjectivo e a admissibilidade da sujeição a árbitros de um litígio a ele respeitante, uma vez que, ao celebrarem uma convenção de arbitragem, as partes não renunciam nem alienam esse direito”<sup>51</sup>. A sua adopção na arbitragem administrativa é, portanto, anacrónica.

Por outro lado, a possibilidade de apreciação do mérito dos actos administrativos no domínio da arbitragem violaria o princípio da separação de poderes, na medida em que implicaria que a Administração pudesse dispor da sua margem de livre decisão em favor do tribunal arbitral, uma vez que este passaria, assim, a exercer uma função que é exclusiva da Administração.

O princípio da separação de poderes é um dos fundamentos do Estado de direito democrático, que tem consagração constitucional expressa no artigo 2.º da CRP<sup>52</sup> e se desdobra em duas vertentes, uma negativa e outra positiva<sup>53</sup>. A vertente negativa proíbe que os órgãos do poder político possam, no exercício da função para a qual estão constitucionalmente habilitados, praticar actos que são reservados a outra função do Estado, evitando-se assim a concentração do poder do Estado no mesmo órgão. Por outro lado, a vertente positiva do princípio da separação de poderes impõe que as funções do Estado estejam distribuídas pelos órgãos mais legitimados e adequados para o seu exercício. Nestes termos, os tribunais e a administração são os órgãos com maior legitimidade, respectivamente, para o exercício da função jurisdicional e da função administrativa. Por respeito a este princípio, será, pois, inconstitucional qualquer norma que conceda à Administração poderes para o exercício da função jurisdicional. Da

---

<sup>50</sup> O n.º 1 do artigo 1.º da LAV sobre os litígios que podiam ser submetidos à arbitragem dispunha que “(...) qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros”.

<sup>51</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, ARMINDO RIBEIRO MENDES, PEDRO SIZA VIEIRA, JOSÉ MIGUEL JÚDICE, JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, PEDRO METELLO DE NÁPOLES, *Lei da Arbitragem Voluntária – Anotada*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 15 a 17, comentário de Dário Moura Vicente ao artigo 1.º. Foi assim acolhida a tese de Sampaio Caramelo que, na vigência da LAV, defendia que de *iure condendo* deveria ser abandonado o critério tradicional da disponibilidade dos Direitos, adoptando-se o critério da patrimonialidade. Sobre esta questão, veja-se ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio – Reflexões de «Jure Condendo»”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Dezembro 2006, pp.1233 e seguintes.

<sup>52</sup> Este princípio estava já consagrado no texto original da CRP, nos artigos 111.º, n.º 1 e 288.º, alínea j). Sobre este princípio veja-se GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 208 e 209.

<sup>53</sup> Neste sentido, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*, p. 136.

mesma forma e nos termos do artigo 202.º, n.º 2 da CRP, os tribunais, relativamente à função administrativa, apenas estão constitucionalmente habilitados a “reprimir a violação da legalidade democrática”, o que significa que apenas poderão aferir da conformidade da actuação da Administração com as vinculações e os limites jurídicos que pautam o exercício da sua actividade, ou seja, com a legalidade, mas já não poderão fiscalizar o mérito da sua actuação quando actue dentro da sua margem de livre decisão e com respeito pelas vinculações e limites que lhe são impostos<sup>54</sup>. Seguindo os ensinamentos de Sérvulo Correia ao juiz administrativo: “não lhe cabe rever e emitir em última instância juízos de mérito que integram materialmente a função administrativa e, em princípio, se encontram arredados do controlo jurisdicional de legalidade”<sup>55</sup>.

Este corolário do princípio da separação de poderes não tem apenas natureza constitucional; tem também consagração legal. Com efeito, o artigo 3.º, n.º 1 do CPTA, que dispõe expressamente que “no respeito pelo princípio da separação e

---

<sup>54</sup> Neste sentido, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*, p. 138: “(...) os tribunais só estão habilitados a «reprimir a violação da legalidade democrática» (art. 202.º, 2 da CRP) e não a fiscalizar o mérito da actuação pública”. Também neste sentido, JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, volume I, Lisboa, Lex, 2005, p. 777, afirma que “pode extrair-se do CPTA uma orientação genérica no sentido de que a margem de livre decisão administrativa se encontra submetida a um pleno controlo de juridicidade mas, também, a um mero controlo de juridicidade: tudo aquilo que, no *iter* conducente à decisão, seja juridicamente determinado ou juridicamente valorável constitui campo de controlo jurisdicional; mas os critérios de valoração ou decisão de natureza extra-jurídica, auto determinados pelo órgão administrativo no âmbito de uma margem de liberdade que lhe é deixada pela lei, constituem uma área em que ao juiz não são permitidas injunções sobre o se ou o como do agir ou decisões substitutivas. Assim é porquanto se trata de uma área de actuação que exige legitimidade democrática-eleitoral directa ou indirecta (e não mera legitimidade institucional) e origina responsabilidade política”. Também na jurisprudência, veja-se, nomeadamente, o acórdão do TCA Norte de 1 de Outubro de 2010, processo n.º 00514/08.4BEPNF, relator Carlos Luís Medeiros de Carvalho, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>, donde resulta que: “Os poderes dos tribunais administrativos abarcam apenas as vinculações da Administração por normas e princípios jurídicos, ficando de fora da sua esfera de sindicabilidade o ajuizar sobre a conveniência e oportunidade da actuação da Administração, mormente o controlo actuação ao abrigo de regras técnicas ou as escolhas/opções feitas pela mesma na e para a prossecução do interesse público, salvo ofensa dos princípios jurídicos enunciados no art. 266.º, n.º 2 da CRP. Não haverá invasão dos espaços de valoração próprios do exercício da função administrativa ou sequer violação do princípio da separação de poderes quando os tribunais, no exercício da sua função, apreciem da conformidade dos requisitos formais dos actos administrativos, inclusivamente da competência do ente que decidiu, ou se foi observado o procedimento legal adequado, ou se ainda correspondem à realidade os pressupostos de facto em que os mesmos assentaram, bem como se ocorreu desvio de poder ou violação dos princípios gerais de direito (v.g., da justiça, da proporcionalidade, da igualdade, da imparcialidade, etc.)”. Também neste sentido, veja-se o acórdão do TCA Norte de 6 de Dezembro de 2013, processo n.º 02504/10.8BEPRT, relator Antero Pires Salvador, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>: “No que respeita à avaliação e desempenho dos serviços e funcionários, a Administração actua no exercício de poderes discricionários - a chamada discricionariedade técnica -, sendo balizada na sua actuação pela vinculação que a lei lhe impõe em aspectos determinados. Neste âmbito de actuação, o tribunal apenas pode sindicat os aspectos vinculados dos actos praticados. Quanto aos não vinculados, ou seja, os praticados no exercício das faculdades discricionárias de actuação, em zonas de avaliação subjectiva, os tribunais não podem sindicat a avaliação de mérito, salvo em casos de erro manifesto ou ostensivamente inadmissível”.

<sup>55</sup> JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, pp. 488 e 489.

interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação”. Além disto, diversas disposições legais impõem aos tribunais administrativos o “respeito pelos espaços de valoração próprios do exercício da função administrativa” (artigos 71.º, n.º 2, 95.º, n.º 4, 168.º, n.º 2 e 179.º, n.º 1 do CPTA).

Acresce que, em virtude da já referida equiparação plena dos tribunais arbitrais aos tribunais estaduais enquanto órgãos jurisdicionais, os primeiros não poderão ter, em face da Administração, poderes mais extensos do que os últimos. Pelo que permitir que um tribunal arbitral julgue litígios relativos à actuação da Administração, quando esta actuação se mantenha dentro dos parâmetros da legalidade, constituiria também uma violação do princípio da separação de poderes, o que seria, desde logo, inconstitucional. Neste sentido, veja-se Fausto Quadros, que, colocando exactamente a mesma questão de se saber se a arbitragem pode abranger o exercício de poderes discricionários da Administração, afirma: “Em nosso entender, não. A discricionariedade é indisponível para a Administração. Já os tribunais do Estado não podem substituir-se à Administração no exercício desses poderes. Pelas mesmas razões, também os tribunais arbitrais não o podem fazer. De outra forma, seriam infringidos os princípios da legalidade e da separação de poderes”<sup>56</sup>.

Tendo em conta toda a argumentação anterior, não nos parece que seja constitucionalmente de admitir a possibilidade de um tribunal arbitral se pronunciar sobre o mérito da actuação da Administração.

Assim, a alínea c) do artigo 180.º do CPTA, na sua actual redacção, nada acrescenta ao universo dos litígios administrativos que poderão ser submetidos à arbitragem, sob pena de inconstitucionalidade e de ilegalidade por violação do princípio da separação de poderes.

Esta afirmação não impede que o tribunal arbitral possa julgar sobre litígios que decorram do exercício pela Administração da sua margem de livre decisão, desde que o tribunal arbitral não se substitua a ela na titularidade e no exercício dos poderes por ela

---

<sup>56</sup> FAUSTO DE QUADROS, “Arbitragem «necessária», «obrigatória», «forçada»: breve nótula sobre a interpretação do artigo 182º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2012, p. 264.

abrangidos<sup>57</sup>, ou seja, desde que não entre na margem de livre decisão da Administração e, por isso, não viole o princípio da separação de poderes, limitando-se a aferir da conformidade da actuação da Administração, dentro da sua margem de livre decisão, com a lei<sup>58</sup>. Isto significa que resta apenas a possibilidade de o tribunal arbitral, à semelhança dos tribunais estaduais, julgar da validade dos actos administrativos.

Assim, vai no sentido correcto o anteprojecto de revisão do CPTA, nos termos do qual a redacção da alínea c) do artigo 180.º passará a prever que sejam arbitráveis as “questões respeitantes à validade de actos administrativos”. Por tudo o que se disse, esta seria, sem dúvida, uma redacção que clarificaria esta questão e tornaria, além do mais, esta alínea constitucionalmente conforme.

---

<sup>57</sup> Neste sentido, FAUSTO DE QUADROS, “Arbitragem «necessária» ...”, p. 264.

<sup>58</sup> Do mesmo modo, se a Administração, no exercício da sua margem de livre decisão se autovincular e posteriormente infringir os termos desta autovinculação, estaria em causa uma violação da legalidade, pelo que, ainda que o litígio tivesse tido origem no âmbito da margem de discricionariedade da Administração, estaria em causa um problema de legalidade e não de mérito. Assim, tal como um tribunal estadual, o tribunal arbitral teria competência para censurar aquela conduta. Veja-se o acórdão de 19 de Dezembro de 2013 do TCA Sul, processo n.º 10095/13, relator Paulo Pereira Gouveia, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>: “Quando, em sede de margem de livre decisão (aqui, normativa, regulamentar), a A.P. regulamentadora se autovincula lícitamente a um critério decisório ante os particulares e depois desrespeita esse critério, comete o vício de violação de lei, i.e., torna ilegal essa sua actuação normativa”.



### PARTE III

## O RECURSO À EQUIDADE NA ARBITRAGEM DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

### 1. Arbitragem de actos administrativos e equidade: considerações gerais

Analizadas as matérias que o CPTA admite que sejam submetidas a arbitragem, podemos concluir que a perspectiva é a de alargar o âmbito da arbitragem dos actos administrativos à apreciação da sua validade, mesmo fora do âmbito contratual.

Mas a arbitragem de actos administrativos faz-nos reflectir sobre uma outra questão, a de saber quais poderão ser os critérios de decisão na apreciação de um litígio que envolva a apreciação da validade de um acto administrativo. Em geral, é possível fazer, no âmbito da arbitragem, uma distinção, tendo em conta o critério de decisão a que o tribunal arbitral no momento da decisão pode recorrer, entre a arbitragem segundo a lei - quando a resolução do litígio seja conforme o direito positivo, único critério utilizado, de resto, pelos tribunais estaduais - e a arbitragem segundo a equidade - quando o litígio seja resolvido não apenas mediante a aplicação estrita da lei, mas tendo em consideração “razões de conveniência, razoabilidade e justiça do caso concreto”<sup>59</sup>, que, na prática, poderão traduzir-se, nomeadamente no predomínio da substância sobre a forma, na desconsideração de algumas formalidades legais e na aplicação adaptada da lei ao caso concreto<sup>60</sup>.

Esta é uma questão relevante na arbitragem administrativa, na medida em que o artigo 181.º do CPTA dispõe que “o tribunal arbitral é constituído e funciona nos termos da lei sobre arbitragem voluntária, com as devidas adaptações”. Ora, nos termos do artigo 39.º da NLAV, admite-se enquanto critérios de decisão, o direito constituído e a equidade, pelo que, nos termos desta norma, os litígios submetidos à apreciação do

---

<sup>59</sup> PAULO OTERO, “Equidade e arbitragem administrativa”, *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha – Estudos em Homenagem*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 843.

<sup>60</sup> PAULO OTERO, “Equidade...”, p. 843.

tribunal arbitral poderão ser julgados segundo a equidade, quando as partes por acordo assim o determinem. Pelo que, aparentemente, em alternativa ao julgamento segundo a lei, podem as partes convencionar que, na apreciação de um litígio relativo a actos administrativos, seja afastada a aplicação estrita da lei e seja o litígio julgado segundo juízos de equidade. Consequência processual da decisão das partes em recorrer à equidade seria a insusceptibilidade de recurso da decisão do tribunal arbitral para o tribunal estadual, como dispõe o artigo 39.º, n.º 3 da NLAV, solução justificada pelo facto de os tribunais estaduais estarem adstritos ao julgamento dos litígios segundo o direito positivo. Na prática, é frequente a sujeição de litígios relativos a actos administrativos à apreciação de tribunais arbitrais, de acordo com a equidade<sup>61</sup>.

Poderemos admitir a arbitragem de litígios relativos a actos administrativos segundo juízos de equidade? A pergunta convoca imediatamente o princípio da legalidade: nas palavras de José Luís Esquível<sup>62</sup>, “(...) a Administração Pública apenas pode agir com fundamento na lei e dentro dos limites por esta impostos, seja no âmbito da administração agressiva, seja no da administração prestadora. Cabe assim pesquisar quais as funções que a equidade pode desempenhar que não ofendam a legalidade administrativa”. Esta é uma questão que carece de análise e cuja admissibilidade e eventuais limites têm de ser bem ponderados.

## **2. A equidade enquanto critério de decisão**

### **(i) Breve referência histórica**

O conceito de equidade é muito complexo e, tendo em conta os limites a que estamos sujeitos, não seria possível procurar defini-lo exaustivamente. Pelo que partiremos das noções gerais de equidade que nos são oferecidas pela doutrina<sup>63</sup> para analisarmos a possibilidade e os problemas que se levantam na perspectiva do Direito Administrativo com a admissibilidade do julgamento da legalidade de actos administrativos, segundo juízos de equidade.

---

<sup>61</sup> Por exemplo, veja-se a convenção de arbitragem constante de um contrato de empreitada de obras públicas celebrado entre a Parque Escolar E.P.E. e um empreiteiro de obras públicas pela qual se admite a sujeição a arbitragem, de acordo com a equidade, de litígios relativos à impugnação de actos administrativos de impugnação de multas contratuais, referida no acórdão do TCA do Sul de 6 de Março de 2014, processo n.º 10845/14, relator Rui Pereira, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

<sup>62</sup> JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos...*, p. 283.

<sup>63</sup> A doutrina analisa esta questão principalmente no âmbito do direito privado, por referência nomeadamente ao artigo 4.º do CC. A este propósito veja-se PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 2.ª ed. revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1967, pp. 42 e 43.

O julgamento com recurso à equidade permite ao julgador apreciar uma questão em concreto sem ter de se preocupar com condicionantes exteriores àquela situação, pelo que a equidade permite a individualização e a adequação ao caso concreto das normas gerais e abstractas<sup>64</sup>. Nas palavras de Carneiro da Frada, a equidade é “uma forma de fazer justiça para além, ou com independência, dos limites do sistema jurídico-positivo”<sup>65</sup>.

Foi na Grécia, com Aristóteles, que nasceu a ideia de equidade relacionada com a de justiça. A equidade surgiu como um meio de correcção ou rectificação da lei, que, na sua aplicação prática, era defeituosa, devido à sua generalidade<sup>66</sup>. De facto, não seria possível que a lei regulasse todos os seus aspectos e consequências, pelo que seria então necessário recorrer-se à equidade, de forma a se encontrar a solução mais justa no caso concreto. No entanto, a equidade, enquanto conjunto de princípios exteriores ao direito positivo e que o transcendem, teve origem em Roma<sup>67</sup>. Para os juristas romanos clássicos, a *aequitas*<sup>68</sup> funcionava como instrumento de interpretação do direito positivo e que, em caso de conflito, prevalecia sobre este. Neste sentido, Cícero equiparou a equidade à justiça: a justiça era uma disposição da alma que orientava o juiz e o legislador a darem a cada um o que era seu e a equidade era a regra moral do direito romano; o direito sem equidade não era direito<sup>69</sup>. A *aequitas* assumia então vários sentidos<sup>70</sup>, sendo vista como crítica e forma de aperfeiçoamento do Direito, como princípio de interpretação do Direito e, ainda, como modo de decisão diferente do Direito.

Estas diversas acepções tiveram grande influência nos ordenamentos do continente europeu<sup>71</sup>. A *aequitas* permitia a não aplicação, sem mais, do direito escrito ao caso concreto, suavizando e corrigindo a aplicação das normas rígidas, com vista a

---

<sup>64</sup> Neste sentido, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “A Equidade (ou a “Justiça com Coração”): A Propósito da Decisão Arbitral Segundo a Equidade”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, N.1 (Jan-Mar 2012), p. 118.

<sup>65</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “A Equidade...”, p. 120.

<sup>66</sup> Para Aristóteles a equidade era justa, “não de acordo com a lei, mas na medida em que tem uma função rectificadora da justiça legal”. Neste sentido, ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. port. António Caeiro, Lisboa, Quetzal Editores, 2004, Livro V, Capítulo X.

<sup>67</sup> ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Equidade e composição amigável na Nova Lei da Arbitragem Voluntária”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2012, p. 176.

<sup>68</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A Equidade como Fonte de Direito”, *O Direito*, Ano 144, I, 2012, p. 11.

<sup>69</sup> ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Equidade...”, pp. 176 e 177.

<sup>70</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A Equidade...”, pp. 11 e 12.

<sup>71</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A Equidade...”, p. 14.

uma maior igualdade e justiça na aplicação do direito ao caso concreto. Surge, assim, a possibilidade de decisão com recurso a critérios distintos: o direito escrito e a equidade. Apesar disso, o recurso à equidade, enquanto critério da decisão arbitral, apenas surgiu no período medieval, com o desenvolvimento da arbitragem<sup>72</sup>.

(ii) Acepções, função e consequências possíveis da equidade na arbitragem de actos administrativos

Em geral, Menezes Cordeiro aponta como as duas acepções fundamentais da equidade<sup>73</sup> (i) a equidade fraca, que não prescinde da aplicação da lei positiva, mas que permite corrigir a sua aplicação no caso concreto e (ii) a equidade forte, que prescinde do Direito positivo e procura uma solução baseada na justiça do caso concreto.

No direito administrativo, alguma doutrina tem também vindo a distinguir as diversas funções que a equidade pode assumir. Paulo Otero refere-se a “um mecanismo de «libertação» dos critérios normativos emergentes do direito estrito, permitindo ao aplicador, atendendo a razões de justiça concreta, um uso da equidade (...)”<sup>74</sup>, que pode, segundo o autor, desempenhar uma de seis funções: (i) função “dulcificadora” da lei, ou “equidade-misericórdia”, no sentido de que a sua função é a de suavizar os rigores da aplicação das normas jurídicas estritas; (ii) pode funcionar como critério de resolução ou decisão de casos concretos, permitindo a substituição das soluções pré-estabelecidas que resultem do ordenamento jurídico-positivo; (iii) uma função flexibilizadora da aplicação da norma, de forma a ajustar a decisão às especificidades do caso concreto; (iv) pode servir na interpretação e na aplicação das normas jurídico-positivas perante o caso concreto; (v) pode ter uma função integradora de lacunas; e (vi) uma função correctiva das normas jurídico-positivas, podendo restringi-las, ampliá-las, ou alterar o seu sentido aplicativo. Como tal, e em síntese, a equidade poderá ter três objectivos/consequências<sup>75</sup>: (i) atenuar a aplicação da lei ou da sua interpretação, com fundamento na letra do preceito (equidade *secundum legem*); (ii) completar o direito positivo, funcionando como direito subsidiário ou como técnica de integração de

<sup>72</sup> ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Equidade...”, p. 178.

<sup>73</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A Equidade...”, p. 16 e ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Arbitration in Equity and «Amiable Composition» under Portuguese Law”, *Journal of International Arbitration*, N.º 25(5), Wolters Kluwer International, 2008, pp. 571 a 575.

<sup>74</sup> PAULO OTERO, “Equidade...”, p. 836.

<sup>75</sup> PAULO OTERO, “Equidade...”, p. 846 e GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 275.

lacunas (equidade *praeter legem*); ou (iii) afastar o direito positivo, substituindo a legalidade ou os efeitos resultantes da aplicação da norma (equidade *contra legem*).

Em que medida poderia, então, o julgador arbitral, no âmbito de um litígio que se prenda com a apreciação da legalidade de um acto administrativo, decidir segundo juízos de equidade, e até que ponto se poderia prescindir da aplicação do Direito estrito? Como refere Antunes Varela, a equidade “uma vez contida, porém, nos seus justos limites (...) deixa de ser o instrumento pernicioso que muitos temem e passa a ser um elemento útil da valorização da ordem jurídica”<sup>76</sup>. Quais serão, pois, os justos limites da equidade?

A doutrina tem-se dividido quanto a esta questão, havendo, por um lado, quem defenda que a equidade pode operar *contra legem*, sendo, pois, admissível que o tribunal arbitral derogue o direito positivo, decidindo segundo as circunstâncias do caso concreto, e quem, por outro lado, reconheça a possibilidade de os tribunais arbitrais adaptarem o Direito ao caso concreto, nunca sendo admissível, no entanto, decidirem *contra legem*.

A adaptação do Direito ao caso concreto não levanta grandes problemas no direito administrativo, na medida em que, nessa circunstância, a equidade funciona como um mero complemento à aplicação das normas jurídicas vigentes, não violando, por isso, desde que a decisão não entre no espaço de livre decisão da Administração, a legalidade administrativa. Na verdade, a equidade, com estas funções, é também utilizada, e é desejável que assim o seja, pelos tribunais estaduais, na aplicação das normas jurídicas.

É relativamente ao recurso à equidade quando determine soluções arbitrais que causem o afastamento ou derrogação das normas jurídicas vigentes que se levanta a questão mais relevante para o presente estudo. Poderão as partes convencionar que um litígio que verse sobre a legalidade de um acto administrativo seja decidido segundo juízos de equidade?

Para Paulo Otero, “a equidade exige sempre uma ponderação dos resultados decorrentes da aplicação do Direito positivo ao caso concreto, aferindo se tais resultados expressam uma solução efectiva ou materialmente justa”<sup>77</sup>, pelo que, ainda que o

---

<sup>76</sup> ANTUNES VARELA, “Valor da equidade como fonte de direito”, *Separata de Ciência e Técnica Fiscal*, N.ºs 92 e 93, Agosto-Setembro de 1966, p. 18.

<sup>77</sup> PAULO OTERO, “Equidade...”, p. 849.

tribunal não possa concluir pela validade de uma conduta quando não seja conforme com a legalidade, pode limitar os efeitos do juízo da invalidade e proferir uma decisão que produza efeitos *contra legem*. A equidade pode, assim, ter a função de suavizar ou “limitar os efeitos decorrentes de um juízo de invalidade (...) do acto administrativo”<sup>78</sup>, estando assim os tribunais arbitrais habilitados a “proferirem uma decisão final cujo conteúdo envolva a produção de efeitos *contra legem*”<sup>79</sup>. Nestes termos, e para Paulo Otero, decidir *contra legem* em nome da justiça ainda é aplicar a lei que manda ou permite submeter o julgamento de certos tipos de litígio à equidade<sup>80</sup>. O autor argumenta, dizendo que “sendo possível extrair do sistema uma prevalência da equidade sobre o rigor da aplicação dos princípios da constitucionalidade e da legalidade quanto à invalidade de normas jurídicas que servem de fundamento da actuação administrativa, então, por identidade ou maioria de razão, a norma legal que permite ou impõe o julgamento arbitral segundo a equidade nunca pode deixar de ser interpretada no sentido de habilitar uma prevalência da justiça no caso concreto, segundo o prudente juízo dos árbitros, sobre o rigor das normas positivas definidoras dos efeitos típicos das invalidades em Direito Administrativo”<sup>81</sup>.

Por sua vez, José Luís Esquível defende que, tal como a actuação da Administração tem de ser conforme à lei, as partes também apenas poderão recorrer à equidade, enquanto critério de decisão, quando essa faculdade ou até imposição tenha previsão legal. Para este autor, tem, pois, de haver uma norma habilitante que legitime especificamente o recurso à equidade, por respeito ao princípio da legalidade, não se considerando como norma habilitante para tais efeitos a habilitação genérica de julgamento segundo a equidade constante da LAV<sup>82</sup>. O autor refere, como exemplo de norma habilitante, o artigo 258.º do RJEOP, entretanto revogado pelo DL n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprovou o Código dos Contratos Públicos, que dispunha: “no caso de as partes optarem por submeter o diferendo a tribunal arbitral (...) o tribunal arbitral

<sup>78</sup> PAULO OTERO, “Equidade...”, p. 848.

<sup>79</sup> PAULO OTERO, “Equidade...”, p. 848.

<sup>80</sup> Neste sentido, veja-se também JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, pp. 245 a 249, 261 e 442.

<sup>81</sup> PAULO OTERO, “Equidade...”, p. 849: para o autor, esta conclusão retira-se, por um lado, do artigo 282.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa e, por outro, do artigo 76.º, n.º 2 do CPTA. No entanto, parece-nos que, na sequência do que vai ser defendido no presente trabalho, e não obstante a restrição dos efeitos das decisões dos tribunais arbitrais não ser o objecto do nosso estudo, o recurso à equidade tem o alcance e os efeitos que as referidas normas lhes quiseram dar, não nos parecendo ser suficiente recorrer a elas para justificar, com base no espírito do sistema jurídico, a admissibilidade do recurso à equidade *contra legem* na arbitragem de actos administrativos.

<sup>82</sup> JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos...*, p. 290.

será constituído e funcionará nos termos da lei, entendendo-se, porém, que os árbitros julgarão sempre segundo a equidade”. Tanto neste Código como no CPTA, não existe, no entanto, uma norma exactamente igual à do antigo artigo 258.º do RJEOP, que faça referência ao recurso à equidade, especificamente, no âmbito da arbitragem.

Para outros autores, como Fausto Quadros<sup>83</sup>, Mário Aroso de Almeida<sup>84</sup>, Alexandra Leitão<sup>85</sup> e João Martins Claro<sup>86</sup>, não é admissível que um tribunal arbitral, na apreciação da validade dos actos administrativos recorra à equidade, uma vez que, nesta matéria, nunca poderá julgar *contra legem*. Para estes autores, esta é uma imposição do princípio da legalidade.

### 3. Equidade: critério de decisão admissível na arbitragem da legalidade de actos administrativos?

O recurso à equidade pelos tribunais pode ter fundamento legal. É o que acontece, por exemplo, em certos casos em que o legislador prevê que o cálculo do *quantum* de uma indemnização será feito com recurso a juízos de equidade. Nestes casos, o legislador terá entendido que apenas o julgador munido de todas as informações e condicionantes do caso concreto poderia, da melhor forma, decidir sobre aquela situação<sup>87</sup>. Noutros casos, apesar de não ter fundamento legal, o recurso à equidade não

---

<sup>83</sup> FAUSTO DE QUADROS, “Arbitragem «necessária» ...”, p. 264.

<sup>84</sup> MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Sobre o âmbito...”, p. 21.

<sup>85</sup> ALEXANDRA L. R. FERNANDES LEITÃO, *A Protecção Judicial...*, p. 402.

<sup>86</sup> JOÃO MARTINS CLARO, “A arbitragem no projecto do Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, Ministério da Justiça, *Reforma do Contencioso Administrativo-Trabalhos Preparatórios*, vol. I, Lisboa, Artes Gráficas, 2000, p. 245.

<sup>87</sup> No âmbito específico do Direito Administrativo, veja-se o caso do artigo 314.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos, sobre as modificações objectivas do contrato, no âmbito do qual o co-contratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro, segundo os critérios estabelecidos no Código, sempre que o fundamento para a modificação do contrato seja (i) a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público, adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do co-contratante; ou (ii) razões de interesse público. Nos demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, o co-contratante tem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade. Por outro lado, temos situações em que a lei prevê que, por razões de equidade, certos efeitos possam ser ressalvados ou excluídos. É o caso do n.º 4 do artigo 282.º da CRP, que prevê a possibilidade de o TC, invocando razões de segurança jurídica, equidade e interesse público, ressaltar certos efeitos de actos praticados com base em normas declaradas inconstitucionais ou ilegais. É também o caso do n.º 2 do artigo 76.º do CPTA, que confere ao tribunal a faculdade de restringir a retroactividade dos efeitos da declaração da ilegalidade, quando razões de segurança jurídica, equidade, ou de interesse público de excepcional relevo assim o justifiquem. No âmbito do CPTA, veja-se ainda o artigo 139.º, o qual prevê que, no âmbito dos conflitos de competência jurisdicional e de atribuições, aquando da declaração de invalidade dos actos ou da decisão da autoridade ou tribunal incompetente por parte da

é problemático, como sucede, por exemplo, quando o seu alcance seja meramente interpretativo ou nos casos de equidade *secundum legem*. Tendo o sistema jurídico como objectivo a realização da justiça, parece-nos essencial que a própria lei preveja ou admita uma certa margem de adaptabilidade das normas jurídicas aos casos concretos, uma vez que não consegue prever todas as suas particularidades. É por essa razão que a equidade aparece como um mecanismo importante no sistema jurídico. Mas esta não é uma especificidade dos tribunais arbitrais. Nestes casos, o recurso à equidade é permitido e até desejável, quer quando o litígio seja submetido à apreciação de um tribunal arbitral, quer quando o litígio seja submetido à apreciação de um tribunal estadual.

A questão que verdadeiramente se coloca é, assim, a de saber se, tendo as partes convencionado essa possibilidade, pode o tribunal arbitral, no âmbito de um litígio relativo a um acto administrativo, afastar o direito estrito e proferir uma decisão *contra legem*.

Para efeitos de análise, é conveniente separar os vários cenários possíveis no que diz respeito à decisão do tribunal arbitral com recurso à equidade. Iremos analisar quatro possibilidades: (i) o tribunal arbitral anula um acto administrativo legal por razões de equidade; (ii) o tribunal arbitral não anula um acto administrativo ilegal por razões de equidade; (iii) o tribunal arbitral anula um acto administrativo ilegal fora das condições substantivas ou processuais em que tal anulação é legalmente possível; e (iv) o tribunal arbitral anula um acto dentro das condições substantivas em que tal anulação é legalmente possível, mas modifica as consequências legais da invalidade.

(i) O tribunal arbitral anula um acto administrativo legal por razões de equidade

O problema que aqui se coloca é o de saber se um tribunal arbitral, perante um acto da Administração que cumpre todos os requisitos legais, o pode anular, convocando para tal razões de equidade.

---

autoridade ou tribunal competente, a decisão de invalidade possa excluir os actos preparatórios, quando razões de equidade ou de interesse público especialmente relevante o justifiquem.



Adaptando a este cenário um exemplo dado por João Caupers<sup>88</sup>, imagine-se o caso em que o órgão da Administração competente, nos termos de regulamento municipal, que dispõe que a ocupação do domínio público só poderá ser permitida desde que não perturbe a circulação de pessoas ou veículos, decidiu não conceder a licença para instalação de uma esplanada no passeio em frente ao seu restaurante, com o fundamento de que se trata de um passeio estreito e com elevada movimentação de peões. Não tendo o particular ficado satisfeito com a decisão, as partes decidiram submeter o litígio à apreciação de um tribunal arbitral. O tribunal arbitral, pese embora a Administração tenha actuado em conformidade com a lei aplicável - uma vez que não existia violação de qualquer vinculação legal, erro manifesto de apreciação ou qualquer outro limite da margem de livre decisão - decide pela anulação do acto, com fundamento em razões de equidade, por considerar que, naquele caso concreto, tal era a única forma de o estabelecimento adquirir nova clientela e reunir as condições necessárias para continuar em funcionamento, e que a perturbação da circulação dos peões era relativa.

Este exemplo levanta uma questão semelhante àquela que se equacionou a propósito da análise da arbitragem de litígios decorrentes de actos praticados pela Administração dentro da sua margem de livre decisão. Com efeito, o tribunal, invocando razões de equidade, estaria, na verdade, a invadir a margem de livre decisão da Administração, anulando um acto legal e substituindo-se a ela na tomada de decisão. Tal seria, como se viu, uma violação do princípio da separação de poderes, na medida em que, para se conter dentro dos limites impostos por este, o tribunal só pode julgar da conformidade da actuação da Administração com a lei, uma vez que, ao contrário desta, aquele não está democraticamente legitimado para a prossecução do interesse público administrativo mediante concretização de opções legais, antes sendo um órgão independente e imparcial que prossegue a realização da paz jurídica, e que apenas está legitimado a averiguar da conformidade da actuação Administrativa com a lei.

Nestes termos, uma decisão tomada segundo juízos de equidade que anula um acto legal da Administração seria inconstitucional, por violação do princípio da separação de poderes.

---

<sup>88</sup> JOÃO CAUPERS, “A arbitragem...”, p. 9. Este exemplo é dado pelo autor para admitir a possibilidade de os tribunais arbitrais poderem apreciar litígios decorrentes da actuação da administração dentro da sua margem de livre decisão.

(ii) O tribunal arbitral não anula um acto administrativo ilegal por razões de equidade

Nesta hipótese, o tribunal, perante um acto ilegal da Administração, decide mantê-lo, por razões de equidade.

Como se sabe, a actuação da Administração está subordinada ao princípio da legalidade, nos termos do n.º 2 do artigo 266.º da CRP e do artigo 3.º do CPA. O que significa que não pode a actuação da Administração contrariar o direito vigente, sob pena de ser ilegal. Em caso de conflito, a lei preferirá ao acto administrativo em causa<sup>89</sup>. Trata-se da vertente do princípio da legalidade denominado “preferência de lei”. Por outro lado, exige-se ainda que a actuação da Administração tenha fundamento numa norma legal<sup>90</sup>, o que significa que a Administração está sujeita à reserva de lei.

A esta luz, a hipótese identificada deve ser rejeitada por violação do princípio da legalidade. Com efeito, constitui um corolário do já referido subprincípio da preferência de lei que os tribunais devem fazer preferir a lei sobre os actos administrativos que a contrariem, expurgando-os da ordem jurídica. Ao decidir, por razões de equidade, manter o acto praticado pela Administração, o tribunal está, portanto, a permitir que se mantenha no ordenamento jurídico um acto ilegal que lhe cumpria erradicar. Assim, em vez de a lei preferir ao acto ilegal da Administração, como deveria ser à luz do princípio da legalidade, a não anulação do acto ilegal, por parte do tribunal, permitiria que o acto ilegal da Administração preferisse à lei, o que não nos parece que seja possível. Isto tem também implicações no princípio da separação de poderes. Por um lado, porque, à semelhança da hipótese anterior, o tribunal, ao permitir a manutenção de um acto ilegal, permitindo uma actuação da Administração que o legislador não permitiu ou proibiu, estaria a interferir na esfera legislativa. Por outro lado, nesta hipótese, acresce o facto de que o tribunal, além de interferir na esfera legislativa, estaria a permitir que a própria Administração violasse o princípio da legalidade e se substituísse também ela ao legislador. Assim, tanto à luz do princípio da legalidade como na decorrência do princípio da separação de poderes, a Administração não pode violar a esfera de actuação do legislador, nem o tribunal pode permitir que ela o faça.

<sup>89</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*, p. 159.

<sup>90</sup> MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*, p. 159.

Como tal, também nesta hipótese, não nos parece que a decisão com recurso à equidade pudesse justificar a não anulação pelo tribunal arbitral de um acto administrativo ilegal.

(iii) O tribunal arbitral anula um acto administrativo ilegal fora das condições substantivas ou processuais em que tal anulação é legalmente possível

Neste terceiro caso, trata-se, por exemplo, de uma situação em que o particular exerceu o seu direito de impugnação de um acto administrativo, mas o prazo legalmente estabelecido para o exercício desse direito já tinha decorrido<sup>91</sup>. Perante esta situação, o tribunal, julgando com recurso à equidade, desconsidera a intempestividade da reacção do particular ao acto da Administração e admite-a<sup>92</sup>.

Esta decisão equivaleria a um afastamento tanto do pressuposto processual da tempestividade da impugnação como do instituto substantivo da consolidação dos actos administrativos em virtude do decurso dos prazos de impugnação<sup>93</sup>. Ora, tanto um como outro compreendem-se na medida em que são necessários para a estabilidade e para a segurança jurídicas. De outro modo, os particulares poderiam contestar os actos da Administração *ad aeternum*, o que geraria uma enorme insegurança no sistema jurídico. A ser possível ao tribunal arbitral desconsiderar os prazos previstos para impugnação dos actos administrativos, por razões de equidade, os particulares poderiam impugnar

---

<sup>91</sup> Relativamente à possibilidade de, quando se julga segundo a equidade, poderem ser desconsideradas certas exigências formais, afirmando que o recurso à equidade legitima a “possível desconsideração de certas exigências formais quanto a prazos, formalidades e condicionamentos formais de direitos substantivos”, DIOGO FREITAS DO AMARAL, FAUSTO DE QUADROS e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Aspectos Jurídicos da Empreitada de Obras Públicas*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 33 e 37.

<sup>92</sup> Na verdade, apesar desta possibilidade de afastamento de certos prazos, quando se julgue segundo a equidade, consideramos que, ainda que se admitisse a equidade no âmbito do contencioso da legalidade, haveria formalidades que, por razões de interesse público, nunca poderiam ser afastadas, nomeadamente os prazos de caducidade. Veja-se neste sentido o acórdão do STA de 16-12-2003, processo n.º 01574/02, relator São Pedro, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>: onde se expõe que “como poderia defender-se nos recursos contenciosos de anulação (...) a intempestividade pode ser vista como um pressuposto processual relativo ao processo e, assim, qualificável como excepção dilatória (logo, de conhecimento oficioso). Este regime justifica-se pela especial preponderância do acto administrativo, como meio de acção, e pela sua força executória (privilegio de execução prévia), onde a regra da anulabilidade e os curtos prazos da respectiva impugnabilidade decorrem da necessidade de proteger a estabilidade do caso decidido”.

<sup>93</sup> Neste sentido, atente-se nas palavras de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2012, p.310: “o prazo legal de impugnação constitui, porém, um pressuposto cuja inobservância é, por definição, insuprível *a posteriori*”. E ainda DIOGO FREITAS DO AMARAL, JOÃO CAUPERS, JOÃO MARTINS CLARO, JOÃO RAPOSO, MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, PEDRO SIZA VIEIRA e VASCO PEREIRA DA SILVA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 6.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 248, comentário ao artigo 136.º: “Decorrido o prazo para impugnação, sem que tenha sido interposto recurso contencioso, o vício de que o acto enferme considera-se sanado e o acto fica convalidado”.

esses actos a todo o tempo, independentemente do decurso dos prazos, nunca se consolidando as situações jurídicas em questão. Acresce a isto a circunstância de que o prazo para a impugnação dos actos administrativos pode mesmo ter expirado anteriormente à própria intervenção (e em alguns casos à constituição) do tribunal arbitral, tendo a sua consolidação sido tomada como pressuposto de condutas de particulares ou da prática de novos actos administrativos, que a reabertura da possibilidade de impugnação viria injustificavelmente perturbar.

Como se compreenderá, não nos parece, pois, que seja possível o afastamento das formalidades que garantem a previsibilidade, a estabilidade e a segurança jurídica, essenciais ao bom funcionamento do sistema, com recurso à equidade.

(iv) O tribunal arbitral anula um acto dentro das condições substantivas em que tal anulação é legalmente possível, mas modifica as consequências legais da invalidade

A questão que aqui se coloca é a de saber se pode o tribunal arbitral restringir os efeitos da anulação de um acto administrativo inválido.

Paulo Otero extrai do espírito de sistema a possibilidade de o tribunal arbitral poder, segundo juízos de equidade, proferir uma decisão *contra legem*<sup>94</sup>. Assim, seria possível ao tribunal arbitral restringir os efeitos típicos da declaração de invalidade de um acto administrativo porque tal restrição de efeitos é admitida noutras situações, como o n.º 4 do artigo 282.º da CRP, que prevê a possibilidade de o TC, invocando razões de segurança jurídica, equidade e interesse público, ressaltar certos efeitos de actos praticados com base em normas declaradas inconstitucionais ou ilegais, e o n.º 2 do artigo 76.º do CPTA, que confere ao tribunal a faculdade de restringir a retroactividade dos efeitos da declaração da ilegalidade, quando razões de segurança jurídica, equidade, ou de interesse público de excepcional relevo assim o justifiquem.

No entanto, julga-se que existe aqui uma confusão de planos. De facto, parece-nos que uma coisa seria discutir a invocação destas normas para justificar a possibilidade de os tribunais, estaduais ou arbitrais, por razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público, restringirem certos efeitos produzidos pela declaração de invalidade de actos jurídico-públicos. Outra coisa, salvo o devido respeito, é dizer-se que o tribunal

---

<sup>94</sup> PAULO OTERO, “Equidade...”, p. 848.

arbitral pode decidir *contra legem*, designadamente no que diz respeito à restrição dos efeitos da invalidade, porque o *espírito do sistema*, inferido dos *supra* citados n.º 4 do artigo 282.º da CRP e n.º 2 do artigo 76.º do CPTA, inculca que a equidade prevalece sobre a aplicação rígida das normas jurídicas.

De facto, parece-nos que, no caso das normas invocadas, o tribunal não deixa de aplicar a lei para, segundo juízos de equidade, decidir *contra legem*. A equidade, nestes casos, aparece não como critério de decisão, mas como motivo ou justificação para a não aplicação de uma regra geral, a par da segurança jurídica e das razões de interesse público. O que acontece, em tais situações, é, portanto, que o juiz pode, tendo em conta razões particulares do caso concreto, aplicar uma excepção à regra geral, excepção que é ela própria prevista na Constituição ou na lei. Nestes termos, a equidade funciona como dado intra-sistemático e não como dado externo ao bloco de legalidade e que a este se opõe enquanto critério de decisão. Na verdade, o juiz nunca deixa de aplicar o direito estrito. Não nos parece, pois, que, das situações enunciadas, se retire a possibilidade de o tribunal arbitral decidir *contra legem*, segundo critérios de equidade, inclusivamente para restringir os efeitos que resultariam da declaração da invalidade do acto.

#### **4. A inadmissibilidade geral do recurso à equidade na arbitragem de actos administrativos**

Resulta do ponto anterior que, salvas as situações em que a lei remeta expressamente para a equidade ou em que esta não seja problemática à luz do princípio da legalidade, o julgamento de litígios relativos a actos administrativos de acordo com a equidade não deve ser admitido. Além dos argumentos aduzidos em relação a cada um dos grupos de situações identificados, esta conclusão resulta ainda de argumentos de carácter mais geral.

Como temos vindo a referir, os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais, cujos poderes devem ser equiparados aos dos tribunais estaduais. Esta equiparação serviu para fundamentar a possibilidade de a apreciação da legalidade de actos administrativos pelos tribunais arbitrais, uma vez que, em princípio, sendo estes verdadeiros tribunais, nada justifica que tenham poderes de controlo da administração diminuídos em relação aos tribunais estaduais. Mas, então, inversamente, pelo mesmo motivo, não se

vislumbram razões para que os tribunais arbitrais possam julgar segundo a equidade, afastando a aplicação da lei, quando tal é vedado aos tribunais estaduais.

Consideramos também que a matéria da apreciação dos actos administrativos é uma matéria que, ao contrário do que acontece com o direito privado, está tão intimamente ligada e dependente do princípio da legalidade, que não nos parece ser de admitir a possibilidade de um tribunal arbitral, com recurso à equidade, poder decidir *contra legem*. Neste sentido, afirma Mário Aroso de Almeida que o tribunal arbitral “(...) não poderá deixar, naturalmente, de julgar segundo o direito constituído sempre que, em concreto, seja chamado a pronunciar-se sobre questões de estrita legalidade”<sup>95</sup>. Também neste sentido, atente-se às palavras de Fausto Quadros que, sobre esta questão, afirma que “o contencioso de legalidade só poderá ser conhecido por tribunais arbitrais em função do Direito estrito, melhor, em função do bloco de legalidade composto pelo direito estrito. A isso obriga o princípio da legalidade”<sup>96</sup>.

De facto, podendo o tribunal arbitral, nesta matéria, apenas aferir da legalidade da actuação administrativa, só o poderá fazer com respeito e tendo como referência as normas jurídicas vigentes e o bloco de legalidade no geral<sup>97</sup>. Essa é uma decorrência e uma imposição do princípio da legalidade. Pelo que, por este argumento, teremos de afastar a possibilidade de o tribunal arbitral julgar segundo a equidade, quando tal signifique o afastamento ou a substituição dessas normas. Até porque, como se viu, admitir o recurso à equidade implicaria em vários casos abrir a possibilidade de o tribunal arbitral invadir a margem de livre decisão da Administração, o que ocorreria, por exemplo, quando anulasse um acto administrativo legal, por razões de equidade<sup>98</sup>, o que, como já se viu, não pode ser admitido, sob pena de violação do princípio da separação de poderes.

<sup>95</sup> MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Sobre o âmbito...”, p. 21.

<sup>96</sup> FAUSTO DE QUADROS, “Arbitragem «necessária» ...”, p. 264.

<sup>97</sup> Veja-se, ainda neste sentido, o referido por ALEXANDRA L. R. FERNANDES LEITÃO, *A Protecção Judicial...*, p. 402: “Deve, por isso, admitir-se a apreciação da validade dos actos administrativos através do recurso à arbitragem, excepto quando se pretenda julgar segundo a equidade, visto que, nessa matéria, o tribunal arbitral nunca pode julgar *“contra legem”* (...). E ainda JOÃO MARTINS CLARO, “A arbitragem...”, p. 245: “Sigo as opiniões dos Professores Raúl Ventura, Marcelo Rebelo de Sousa e Sérvulo Correia sobre a possibilidade teórica de cometer a árbitros o julgamento de questões de legalidade, desde que os árbitros não possam julgar segundo a equidade”.

<sup>98</sup> É o caso da hipótese (i) analisada *supra*. Neste caso, o controlo com base na equidade implicaria a invasão da esfera do mérito da Administração.

Por outro lado, não nos parece ser admissível que a Administração, estando impedida de actuar fora dos limites da lei e do bloco de legalidade, possa, através da celebração de uma convenção de arbitragem, afastar a aplicação da lei, na apreciação que o tribunal arbitral faz da sua conduta. Não nos parece que tal possibilidade esteja na sua disposição. De facto, devido à vigência dos princípios de direito público, sobretudo os princípios da legalidade, da separação de poderes e da prossecução do interesse público, que se opõem aos conceitos de autonomia privada e de disponibilidade das partes que vigoram no âmbito do direito privado, não nos parece que seja possível considerar que, por convenção das partes, o tribunal arbitral possa decidir com recurso à equidade. É que, repare-se, se, no direito privado, as partes decidirem recorrer à equidade, enquanto critério de decisão, esse é um risco que correm por elas e cujas consequências são por elas aceites e suportadas. Como afirma Menezes Cordeiro, ao referir-se à equidade, no direito privado, “É, assim, possível fazer apelo ao razoável, ao equilíbrio entre as partes e à justa repartição de encargos. De modo paralelo, afastar-se-ão os obstáculos formais ou os argumentos hábeis mas, predominantemente, técnico-jurídicos, procurando antes ponderar os interesses globais das partes”<sup>99</sup>. Esta possibilidade de repartição das responsabilidades, que apela às concessões das partes na resolução do litígio, é uma possibilidade válida e talvez até desejável no âmbito do direito privado. No entanto, quando falamos da Administração, enquanto parte de um litígio público, somos todos nós, os que através da legislação a legitimamos democraticamente para prosseguir o interesse público, que corremos o risco dessa decisão. Ora, a desvinculação do princípio da legalidade, a insegurança e imprevisibilidade da decisão são riscos que não podem ser por nós suportados, nem como contribuintes, nem como cidadãos.

Por fim, a insusceptibilidade de recurso da decisão do tribunal arbitral para o tribunal estadual, quando o primeiro decida com recurso à equidade (artigo 39.º, n.º 3 da NLAV) é outro argumento que, dada a importância e o impacto que a matéria dos actos administrativos tem, em especial para os particulares, contribui para a não admissibilidade do recurso à equidade. Ao permitirem que o tribunal arbitral afaste o direito estrito e profira uma decisão *contra legem*, como refere Carneiro da Frada, as partes “confiaram nos árbitros, não na lei”<sup>100</sup>. O que significa que as possibilidades de

<sup>99</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A decisão segundo a equidade”, *O Direito*, ano 122, II, 1990, p. 280.

<sup>100</sup> MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “A Equidade...”, p. 127.

decisão são muitas e imprevisíveis, ainda que se considere que a decisão segundo a equidade não é uma decisão arbitrária. As partes, quando decidem recorrer à equidade, não estão, como tal, apenas a correr o risco da decisão, como se explicou em cima; elas suportam também o risco de não poderem recorrer daquela decisão. Tal parece-nos pouco garantístico, tanto para os particulares como para a própria Administração, que tem como função a prossecução do interesse público. Ora, se a decisão arbitral que afasta a lei for contra o interesse público ou os interesses privados envolvidos, a Administração e os particulares nada poderão fazer. Parece-nos ser um risco demasiado pesado, numa matéria delicada como a da apreciação da legalidade dos actos administrativos.

Pelo exposto, somos da opinião de que não podem as partes atribuir a um tribunal arbitral a possibilidade de recorrer à equidade para apreciar a legalidade das condutas administrativas, afastando as normas de Direito positivo aplicáveis e proferindo, assim, uma decisão *contra legem*. Como tal, o tribunal arbitral apenas poderá recorrer à equidade nos mesmos termos em que se admite que os tribunais estaduais o façam.



## CONCLUSÕES

O estudo e a análise efectuados permitem-nos formular as seguintes considerações finais:

- (1) O âmbito da arbitragem administrativa deve ser alargado à apreciação da legalidade dos actos administrativos. Com efeito, a restrição da arbitragem neste domínio é apenas um resquício da ideia tradicional do monopólio dos tribunais administrativos, no que diz respeito ao controlo contencioso dos actos unilaterais e autoritários da Administração.
- (2) Esta consideração justifica-se dada a natureza jurisdicional dos tribunais arbitrais, que, enquanto verdadeiros tribunais, com consagração expressa no artigo 209.º, n.º 2 da CRP, exercem uma verdadeira forma de jurisdição, ainda que privada. Pelo que a restrição da competência dos tribunais arbitrais para a apreciação de actos administrativos não é coerente com este estatuto.
- (3) Por outro lado, a apreciação que o tribunal arbitral faz, a título principal, da validade dos actos administrativos no âmbito contratual, já pacificamente admitida, é em tudo semelhante à que teria de fazer na apreciação da validade dos demais actos administrativos. E, de resto, é em tudo semelhante à que é feita pelos tribunais estaduais, com a única diferença de que o tribunal arbitral vê a sua competência restringida aos contratos.
- (4) A alínea c) do artigo 180.º do CPTA, na sua actual redacção, nada acrescenta ao universo dos litígios administrativos que poderão ser submetidos à arbitragem. É, no entanto, expectável que, com a nova reforma do CPTA, venha a ser expressamente admitida, nesta alínea, a possibilidade de os tribunais arbitrais

apreciarem da validade dos actos administrativos. Pelo menos, é esse o sentido da proposta de revisão do CPTA.

- (5) Os tribunais arbitrais não podem julgar com fundamento em considerações acerca do mérito dos actos administrativos, quando isso implique a invasão da margem de livre decisão administrativa, sob pena de uma actuação inconstitucional e ilegal do tribunal arbitral, traduzida na violação do princípio da separação de poderes, uma vez que este passaria, assim, a exercer uma função que é exclusiva da Administração.
- (6) Não se pode argumentar para justificar a admissibilidade do recurso à arbitragem, no âmbito da apreciação da legalidade dos actos administrativos, que a Administração pode dispor da sua margem de livre decisão. De facto, ao recorrer à arbitragem, a Administração não está a delegar no tribunal arbitral os poderes de disposição que a lei lhe confere; pelo contrário, está a constituir um tribunal que, em alternativa aos tribunais estaduais, irá exercer a função jurisdicional na apreciação de actos administrativos por si praticados.
- (7) O julgamento de litígios relativos a actos administrativos, com recurso à equidade, que implique a possibilidade de o tribunal decidir *contra legem*, não é compatível com os princípios vigentes no nosso ordenamento jurídico.
- (8) Não nos parece que esteja na disponibilidade da Administração, devido à vigência dos princípios de direito público, sobretudo os princípios da legalidade, da separação de poderes e da prossecução do interesse público, a possibilidade de, através da celebração de uma convenção de arbitragem, afastar a aplicação da lei, na apreciação que o tribunal arbitral faz da sua conduta.
- (9) Como se referiu, os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais, cujos poderes devem ser equiparados aos dos tribunais estaduais, pelo que não se vislumbram razões para que os tribunais arbitrais possam julgar segundo a equidade, afastando a aplicação da lei, quando tal é vedado aos tribunais estaduais.
- (10) O tribunal arbitral, ao aferir da legalidade da actuação administrativa, só o poderá fazer com respeito e tendo como referência as normas jurídicas vigentes e o bloco

de legalidade no geral. Essa é uma decorrência e uma imposição do princípio da legalidade.

- (11) Admitir o recurso à equidade implicaria em vários casos abrir a possibilidade de o tribunal arbitral invadir a margem de livre decisão da Administração, designadamente quando anulasse um acto administrativo legal, por razões de equidade. Tal seria permitir que a equidade pudesse funcionar como meio de apreciação do mérito da actuação da Administração, o que, como se referiu, não pode ser admitido, sob pena de violação do princípio da separação de poderes.
- (12) Quando falamos da Administração, enquanto parte de um litígio público, somos todos nós, os que a legitimamos democraticamente para prosseguir o interesse público, que corremos o risco dessa decisão. Ora, a desvinculação do princípio da legalidade, a insegurança, a imprevisibilidade da decisão e a insusceptibilidade de recurso da decisão do tribunal arbitral para o tribunal estadual, quando o primeiro decida com recurso à equidade, são riscos demasiado pesados, numa matéria delicada como a da apreciação da legalidade dos actos administrativos, que não podem ser por nós suportados, nem como contribuintes, nem como cidadãos.

## **BIBLIOGRAFIA**

### **1. Doutrina**

**ALMEIDA**, Mário Aroso de,

— “Sobre o âmbito das matérias passíveis de arbitragem de direito administrativo em Portugal”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2012.

— *Manual de Processo Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2012.

**ALMEIDA**, Mário Aroso de / **CADILHA**, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.<sup>a</sup> ed. revista, Coimbra, Almedina, 2007.

**AMARAL**, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Lisboa, Almedina, 2001.

**AMARAL**, Diogo Freitas do / **CAUPERS**, João / **CLARO**, João Martins / **RAPOSO**, João / **GARCIA**, Maria da Glória Dias / **VIEIRA**, Pedro Siza / **SILVA**, Vasco Pereira da, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 6.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2007.

**AMARAL**, Diogo Freitas do / **QUADROS**, Fausto de / **ANDRADE**, José Carlos Vieira de, *Aspectos Jurídicos da Empreitada de Obras Públicas*, Coimbra, Almedina, 2002.

**ARISTÓTELES**, *Ética a Nicómaco*, trad. port. António Caeiro, Lisboa, Quetzal Editores, 2004.

**ASCENSÃO**, José de Oliveira, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2005.

**BARROCAS, Manuel Pereira,**

— *Manual de Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2010.

— *Lei da arbitragem comentada*, Coimbra, Almedina, 2013.

**CAETANO, Marcello**, *Manual de Direito Administrativo*, 6.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Coimbra Editora, 1963.

**CANOTILHO, Gomes / MOREIRA, Vital,**

— *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

— *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4.<sup>a</sup> ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

**CARAMELO, António Sampaio,**

— “A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio – Reflexões de «Jure Condendo»”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Dezembro 2006.

— “Arbitration in Equity and «Amiable Composition» under Portuguese Law”, *Journal of International Arbitration*, N.º 25(5), Wolters Kluwer International, 2008.

**CAUPERS, João,**

— “A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, N.º 18, Novembro/Dezembro de 1999.

— *Introdução ao Direito Administrativo*, 7.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Âncora Editora, 2003.

**CLARO, João Martins**, “A arbitragem no projecto do Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, Ministério da Justiça, *Reforma do Contencioso Administrativo-Trabalhos Preparatórios*, vol. I, Lisboa, Artes Gráficas, 2000.

**CORDEIRO**, António Menezes,

- “A decisão segundo a equidade”, *O Direito*, Ano 122, II, 1990.
- “A Equidade como Fonte de Direito”, *O Direito*, Ano 144, I, 2012.

**CORREIA**, José Manuel Sérvulo,

- *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987.
- “A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos”, *Estudos Em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, Lex, 1995.
- *Direito do Contencioso Administrativo*, vol. I, Lisboa, Lex, 2005.
- “Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas: as afinidades e os seus limites”, *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Telles*, vol. I, Lisboa, 2012.

**ESCUDE**, Víctor Escartín, “El Arbitraje Y Otros Medios Alternativos De Resolución De Conflictos En El Derecho Administrativo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N.º 39-40, Zaragoza, 2012.

**ESQUÍVEL**, José Luís, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2004.

**FRADA**, Manuel Carneiro da Frada, “A Equidade (ou a «Justiça com Coração»): A propósito da decisão arbitral segundo a equidade”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, 2012.

**GOUVEIA**, Mariana França, *Resolução Alternativa de Litígios*, Coimbra, Almedina, 2011.

**GUEDES**, Armando Manuel de Almeida Marques, “Tribunais Arbitrais Administrativos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, N.º 14, Lisboa, 1960.

**HIJELMO**, Ignacio Granado, “El Arbitraje En Derecho Administrativo: Algunas Reflexiones Sobre Su Fundamentación”, *Revista Jurídica de Navarra*, N.º 39, Janeiro - Junho de 2005.

**LEITÃO**, Alexandra L. R. Fernandes, *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 2002.

**LIMA**, Pires de / **VARELA**, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 2.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1967.

**MARQUES**, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

**MAURÍCIO**, Artur / **LACERDA**, Dimas de / **REDINHA**, Simões, *Contencioso Administrativo*, Lisboa, Rei dos Livros, 1985.

**MENDES**, Armindo Ribeiro / **VICENTE**, Dário Moura / **JÚDICE**, José Miguel / **ANDRADE**, José Robin de / **NÁPOLES**, Pedro Metello de / **VIEIRA**, Pedro Sisa, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Coimbra, Almedina, 2012.

**MENDES**, Armindo Ribeiro,

— “Equidade e composição amigável na Nova Lei da Arbitragem Voluntária”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2012.

— *Introdução às Práticas Arbitrais*, Estudos publicados pela Associação Portuguesa de Arbitragem, disponível em <<http://arbitragem.pt/estudos/>>.

**MERCADO**, Hernando Herrera, “Propuesta de Tipología de los Actos Administrativos a Partir de su Doble Arbitralidad”, *Arbitraje Comercial Internacional*, Bogotá, Legis, disponível na internet em:

<[http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/P/propuesta\\_de\\_tipologia\\_de\\_los\\_actos\\_administrativos\\_a\\_partir\\_de\\_su\\_doble\\_arbitralidad/propuesta\\_de\\_tipologia\\_de\\_los\\_actos\\_administrativos\\_a\\_partir\\_de\\_su\\_doble\\_arbitralidad.asp?CodSeccion=1](http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/P/propuesta_de_tipologia_de_los_actos_administrativos_a_partir_de_su_doble_arbitralidad/propuesta_de_tipologia_de_los_actos_administrativos_a_partir_de_su_doble_arbitralidad.asp?CodSeccion=1)>.

**MONCADA**, Luís Cabral de, “A Arbitragem no Direito Administrativo; Uma Justiça Alternativa”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano. 7.º, N.º especial, 2010.

**MORENO**, Juan Rosa, *El arbitraje administrativo*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.

**OLIVEIRA**, Ana Perestrelo de, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2007.

**OLIVEIRA**, Mário Esteves de / **GONÇALVES**, Pedro Costa / **AMORIM**, João Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 1998.

**OTERO**, Paulo, “Equidade e arbitragem administrativa”, *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha – Estudos em Homenagem*, Coimbra, Almedina, 2012.

**PEREIRA**, Gonçalves / **QUADROS**, Fausto de, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2009.

**PINHEIRO**, Luís de Lima, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2005.

**QUADROS**, Fausto de, “Arbitragem «necessária», «obrigatória», «forçada»: breve nótula sobre a interpretação do artigo 182º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2012.

**Socca**, Franco Gaetano, “La capacita della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri”, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milão, EGEA, 1991.

**SOUSA**, Marcelo Rebelo de / **MATOS**, André Salgado de,

— *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Dom Quixote, 2008.

— *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Dom Quixote, 2009.

**VARELA**, Antunes, “Valor da equidade como fonte de direito”, *Separata de Ciência e Técnica Fiscal*, N.ºs 92 e 93, Agosto-Setembro de 1966.

**VICENTE**, Dário Moura, *Da arbitragem comercial internacional – Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1990.

**VENTURA**, Raúl, “Convenção de Arbitragem”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, 1986.



## 2. Jurisprudência

### Tribunal Constitucional:

- Acórdão n.º 230/86 do TC, processo n.º 178/84, relator Martins da Fonseca, disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>.
- Acórdão n.º 250/96 do TC, processo n.º 194/92, relatora Maria Fernanda Palma, disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>.

### Supremo Tribunal de Justiça:

- Acórdão do STJ de 18 de Janeiro de 2000, processo n.º 99A1015, relator Aragão Seia, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

### Supremo Tribunal Administrativo:

- Acórdão do STA de 16-12-2003, processo n.º 01574/02, relator São Pedro, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

### Tribunal Central Administrativo:

- Acórdão do TCA Norte de 1 de Outubro de 2010, processo n.º 00514/08.4BEPNF, relator Carlos Luís Medeiros de Carvalho, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do TCA Norte de 6 de Dezembro de 2013, processo n.º 02504/10.8BEPRT, relator Antero Pires Salvador, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do TCA Sul de 19 de Dezembro de 2013, processo n.º 10095/13, relator Paulo Pereira Gouveia, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.
- Acórdão do TCA do Sul, de 6 de Março de 2014, processo n.º 10845/14, relator Rui Pereira, disponível em <<http://www.dgsi.pt>>.

### Tribunal de Justiça da União Europeia:

- Acórdão do TJUE de 12 de Junho (acórdão *Ascendi*), processo n.º 377/13, disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/>>.